اختلاف نوع العقد ٤٥٢ | الاجير المشترك والخاص ٥٢٧ | منفعة المستأجر ٧٣٨ | الخمر ٧٠١ | ... ٦٨٧

جعار

مرآت محشیسی ازمیری مرحومك

ملتقی شرحیدر

أیکی بوقدر

١

T.C
İZMİR
HİSAR KÜTÜPHANESİ
SAYI
1825

Süleymaniye U. Kütüphanesi
İzmir
Eski Kayıt No.
1801-2

مطلب بيان اجير الخاص ٥٣١

مطلب دعوى الغلط في القسمة لا يسمع ٦٤٥	فصل في بيان احكام قسمة المنافع ويجوز المهاياة ٦٤٧	كتاب المزارعة ٦٥٠	كتاب المساقات هي دفع الشجر الى من يصلحه بجزء من ثمره ٦٥٦
كتاب الذبائح ٦٥٩	فصل ويحرم اكل كل ذي ناب او مخلب ٦٦٤	كتاب الاضحية ٦٦٥	كتاب الكراهية ٦٧٤
فصل في بيان احوال الاكل ٦٧٤	مطلب في بيان مدة حبس الجلالة وحرمة استعمال الذهب والفضة ٦٧٥	فصل في بيان الكسب ٦٧٦	مطلب هل يجوز التصدق في المسجد ٦٧٦
مطلب هل يحرم ايجار بيت لبيع الخمر ٦٧٦	مطلب يقبل قول الكافر في المعاملات ٦٧٦	مطلب حمال الخمر اجرته طيب ٦٧٦	فصل في بيان اللبس ٦٧٨
مطلب قيمة رداء النبي عليه السلام ٦٧٨	مطلب لا يجوز لبس الحرير الا في الحرب ٦٧٩	مطلب ارخاء طرف العمامة بين كتفيه سنة	مطلب بيان نقش خاتم نبينا عليه السلام وخلفاء الراشدين وابي حنيفة ٦٧٩
مطلب جواز نقش الثوب بالذهب	فصل على جواز التختم ٦٨٠	مطلب ولا تختم بحجر ولا صفر ولا حديد ٦٧٩	فصل في النظر وتقبيل اليد ٦٨٠
مطلب يكره تقبيل الرجل بلا ازار ولا بأس بتقبيل يد العالم ٦٨١	مطلب يجوز العزل عن الامة ٦٨١	فصل في الاستبراء ٦٨١	مطلب الحيلة في سقوط استبراء الجارية ٦٨٣
مطلب الحيلة في تطليق المرأة نفسها متى شاءت ٦٨٣	فصل ويكره بيع العذرة خالصة ٦٨٤	مطلب يكره بيع خاتم الصفر والحديد ٦٨٤	مطلب يجوز بيع بيوت كعبة شرفها الله ٦٨٤
مطلب كراهة الاحتكار	مطلب جواز بيع العصير للخمر ٦٨٥	مطلب كراهة التسعير وجواز شراء ما لا بد للطفل لاخيه	مطلب يجوز ايجار الصبي لام وعمه
فصل في المتفرقات تجوز المسابقة ٦٨٦	مطلب وليمة العرس [illegible] ثياب [illegible] في مجلس الفسق ٦٨٦	مطلب يكره للتاجر الذكر عند فتح متاعه ويستحب لعلم ولو الغازي عند التعلم والقتال ٦٨٧	مطلب يكره الترجيع ورفع الصوت عند القراءة والجنازة والوعظ ٦٨٧

مطلب هل يجوز قبول هدية امراء الجور ٦٧٦

مطلب حكم القراءة عند القبور	مطلب حلية الكذب في مواضع وحرمة اللعب بالنرد والشطرنج ٦٨٨	مطلب في كراهة استخدام الخصي ووصل شعر الغير بشعره وكراهة ان يقول في الدعاء بمعقد العز ٦٨٨	مطلب في حرمة استماع الملاهي
مطلب كراهة تصغير المصحف لغير العجم	مطلب لا بأس بدخول الذمي المسجد والدعاء بالهداية والعافية وعيادته	مطلب جواز اخصاء البهائم وانزاء الحمار على الرمكة وجواز الحقنة ٦٨٩	مطلب جواز انفاق القضاة من بيت المال بقدر الكفاية
مطلب هل يجوز السفر للامة وام الولد بلا محرم	مطلب كراهة اعطاء القرآن [illegible] للبقال ليلف فيه ما يحتاج	مطلب لا بأس بالتعجيل بالجواز [illegible] بعد اداء الفرائض	كتاب احياء الموات ٦٩٠
مطلب مقدار حريم البئر	مطلب حكم ذهاب ماء بئر الاول الى الثانية ٦٩٢	مطلب مقدار حريم شجرة وارض موات ٦٩٣	فصل في الشرب ٦٩٣
مطلب الانهار العظام كالفرات غير مملوكة	مطلب هل يجوز التوضأ بماء السقاية	مطلب يجوز بيع ما يحرز ٦٩٤	مطلب حكم الحشيش والشجر اذا نبتا بغير انبات في ارض انسان ٦٩٥
فصل في مؤنة كري الانهار ٦٩٥	مطلب لا اختلاف في [illegible] وهبة الملاك والميراث	مطلب مسئلة [illegible] ٦٩٧	مطلب لا يجبر على العمارة لجاره الذي [illegible] جار سقط [illegible]
مطلب هل يجوز بناء الرحى في نهر المشترك ٦٩٨	مطلب يدفع الجار عن جاره مضر نحو اغصان شجره ٦٩٩	مطلب يحل اذن جاره في وضع الجذوع على حائطه ثم باع هل يرفع المشتري	مطلب [illegible]
كتاب الاشربة وبيان تعريف الخمر ٧٠١	مطلب يحد شارب الخمر ولو قطرة ٧٠٢	مطلب جواز بيع المسكرات سوى الخمر	مطلب يحل شرب المثلث
مطلب هل يقع طلاق من سكر بشرب المثلث واكل البنج ولبن الرماك	مطلب لا يجوز التداوي بالخمر	مطلب وحكم لحم شاة شرب خمرا ٧٠٣	كتاب الصيد ٧٠٣
يحل اكل المتردية والنطيحة والتي شق بطنها الذئب ان ذبحت	كتاب الرهن ٧١٢	باب ما يجوز ارتهانه ٧١٦	باب الرهن يوضع على يد عدل ولو اتفقا على وضع الرهن عند عدل صح

فانه لو زوجه رجل امراة على انها حرة ثم استحقت يرجع على المزوج بثمن الام وقيمة
الولد لكونه مغرورا من جهته ولو باع المشترى هذه الامة من رجل اخر فاستولدها
الثانى ثم استحقت يرجع المشترى الثانى على البايع الثانى بالثمن وبقيمة الولد
ويرجع المشترى الاول على البايع الاول بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة الولد عند ابى ح
وقالا يرجع عليه بقيمة الولد ايضا لان البايع الاول ضمن للثانى سلامة الولد فى ضمن
البيع ولم يسلم له حيث اخذ منه قيمة الولد فيرجع عليه كما فى الثمن ولابى ح ان البايع
الاول ضمن للمشترى سلامة اولاده دون سلامة اولاد المشترى منه لان ضمان السلامة
انما يثبت بالبيع والبيع الثانى لا يضاف اليه وانما يضاف الى البايع الثانى بمباشرته
باختياره فينقطع به سبب الاول بخلاف الثمن لان البايع الاول ضمن للبايع الثانى
سلامة المبيع فلم يسلم له فلا يسلم لبايعه الثمن

كتاب الاقرار

هو فى اللغة الاثبات يقال قر الشئ قرارا اذا استقر فى مكانه واقره غيره اذا اثبته
وفى الشرع هو اخبار اى اعلام بالقول حتى لو سكت او اشار ولم يتكلم بشئ
لم يكن اقرارا لعدم الاخبار بخلاف ما لو كتب الى غايب اما بعد فله على كذا فانه
اقرار لكونه مكالمة مع الغايب بحق لاخر حتى لو علم ذلك الاخر ان المقر كاذب فى اقراره
لا يحل له اخذه عن كره لعدم حقه عليه سواء ادعى المقر انه كاذب فى اقراره او لم يدع وذلك
بان اثبت اقراره فيما اذا انكرا وحلف فيما اذا ادعى انه اقر كاذبا واراد تحليف ذلك
الاخر على عدم علمه بكذبه فى اقراره فان للمقر تحليف المقر له اذا ادعى انه اقر كاذبا على
عدم علمه بكذبه فى اقراره كما على ما صرح به فى باب اليمين من دعوى قاضيخان حيث
قال اذا اقر رجل انى وهبت هذا العين لفلان وقبضه منى ثم ادعى انه لم يقبضه منى
وانى اقررت بالقبض كاذبا وطلب يمين الموهوب له ذكر شيخ الاسلام انه لا يحلف
الموهوب له فى قول ابى ح ومحمد ويحلف فى قول ابى يوسف وكذا فى كل موضع اذا ادعى انه
كان كاذبا فيما اقر كما لو اقر بقبض الثمن من المشترى وغيره اذا ادعى انه كان كاذبا فى
اقراره او اقر الواهب بقبض الهبة ثم ادعى انه كان كاذبا فى اقراره واراد استحلاف

المشترى بالله لقد نقدته الثمن او طلب يمين الموهوب له بالله لقد قبضت الهبة باذن
الواهب على قول ابي ح ومحمد ليس له ان يستحلفه وعلى قول ابي يوسف والشافعي له
ذلك فاذا كان في المسئلة خلاف ابي يوسف والشافعي يفوض ذلك الى راى القاضي
والمفتي انتهى واعلم ان الاقرار حجة ظاهرة فيكفي في مقام الدفع لان الدفع للابقاء
والظاهر يكفي للدفع والابقاء ولا يكفي في مقام الاستحقاق لان الاستحقاق اثبات
امر لم يكن فلا بد من حجة قوية وعليها استقر فتوى علماء خوارزم وتمامه ما ذكر في
الذخيرة ادعى عليه كذا درهما او ان العين الذي في يده له لما انه اقر له به او ابتداء
بدعوى الاقرار وقال انه اقر ان هذا لي او اقر ان لي عليه كذا قيل يصح وعامة المشايخ على انه
لا يصح الدعوى لعدم صلوح الاقرار للاستحقاق لان الاقرار كاذبا فلا يصح الاقرار لاضافة
الاستحقاق اليه بخلاف دعوة الاقرار من المدعى عليه على المدعي لدفع دعواه بان برهن
على انه اقر انه لا حق له فيه او بانه ملك المدعي حيث تقبل لان دعوى الاقرار مسموعة
في مقام الدفع لا في مقام الاستحقاق وقيل لا تقبل دعوى الاقرار في طرف الدفع ايضا وعامة
المشايخ على انه تقبل في طرف الدفع واجمعوا على انه لو قال هذا العين ملكي وهكذا اقر به
المدعى عليه تقبل لانه لم يجعل الاقرار علة الاستحقاق ولو برهن عليه ايضا تقبل ولو انكر
الاقرار في هذه الصورة هل يحلف على اقراره قيل انه على الخلاف بين ابي يوسف ومحمد والفتوى
على انه يحلف على المال لا على الاقرار وذكر القاضي ان دعوى المال بناء على الاقرار وان كان في طرف
الاستحقاق تقبل عند عامة المشايخ وقال في البزازية وهذا على خلاف ما ذكر في الذخيرة من
انه لا تقبل في طرف الاستحقاق وقال فيها ايضا وقد بقي هنا فصل آخر اختلف فيه العلماء وهو
ان المديون اذا برهن على اقرار المدعي باستيفاء الدين قيل لا يسمع لانه دعوى الاقرار في طرف
الاستحقاق لان الديون تؤدى بامثالها فيكون المقبوض دينا على الدافع وقيل يسمع لانه في الحاصل
يدفع اداء الدين عن نفسه فكان دعوى الاقرار في طرف الدفع كذا في المحيط وقال في المنتقى
بعلامة حم اقر بدين لرجل ثم قال نسيت القضاء ولي على ذلك بينة فاقام ان هذا الدين الذي
اقر هو قضاه قبل هذا الاقرار لا تقبل لانه متناقض انتهى وقد وقع لي اني افتي بهذا ثم اعلم

اعلم انهم اختلفوا في ان الاقرار اخبار او تمليك واختار المص كونه اخبارا وفي البزازية وهو الاوجه
واستدلوا عليه بمسائل منها صحة الاقرار بالخمر مع انه لا يتصور فيه التمليك من المسلم
ومنها عدم صحة اقراره بالطلاق والعتاق مكرها ولو كان تمليكا لصح لان طلاق المكره
وعتاقه صحيح ومنها صحة اقرار المريض المديون بجميع ماله لاجنبي حيث يصح بدون اجازة
الورثة ولو كان تمليكا لكان من الثلث ومنها صحة اقرار العبد المأذون بعين في يده
مع انه ممنوع عن التمليك ومنها صحة الاقرار بنصف ما يقسم عند الاهل ايضا مع
عدم صحة تمليك الشايع ومنها صحة الاقرار بالنكاح بلا حضور الشهود وابتداء النكاح لا يصح
بدونه ومنها صحة اقرار المريض بالدين المستغرق ولو كان تمليكا لما صح ويدل ايضا على
انه اخبار لا تمليك ما قالوا ان دعوى الملك والنكاح بناء على الاقرار لا يصح ولو كان تمليكا
لصح واستدل القائلون بانه تمليك بان الاقرار يرتد بالرد ولو لم يكن تمليكا بل اخبارا
لما بطل بالرد ولا يصح اقراره لوارثه في مرضه واجيب عنه بانه انما يلزم ذلك لاحكام الى الارتداد
بالرد وما بعده لوجود معنى التمليك فيه ارتد برد المديون او برد الوارث على نفسه
قيده بكونه على نفسه لانه لو كان لغيره على غيره يكون شهادة ولنفسه على غيره يكون
دعوى ولا يصح اي الاقرار الا لمعلوم لان المجهول لا يصلح مستحقا فلا بد ان يكون
المقر له معلوما لا مجهولا بجهالة فاحشة او غير فاحشة حتى لو قال على الف درهم
لواحد من الناس او لاحد هذين لا يصح اقراره في الصورتين هكذا ذكره شمس الائمة لكن
ذكر شيخ الاسلام والناطفي ان الجهالة اذا تفاحشت لا يجوز وان لم تتفاحش يجوز
وكذا لا يجوز مع جهالة المقر حتى لو قال لك على واحد منا الف لا يصح اقراره بخلاف جهالة
المقر به فانها لا تمنع صحة الاقرار على ما سيصرح به قال في الاشباه الاقرار للمجهول باطل
الا في مسئلة ما اذا ادعى رد المبيع بعيب فبرهن البايع على اقراره انه باعها من رجل
ولم يعينه قبل بينته وسقط حق الرد انتهى ولا يخفى عليك ان الحصر في كلام المص في ابتداء
الاقرار من المقر لا في الاقرار المثبت ببينة الخصم بعد انكار المقر فلا استثناء وحكمه
ظهور المقر به لان الاقرار ملزم على المقر ما اقر به لوقوعه دالا على المخبر به بناء على ان

[Marginal notes:]
بسبب ... الاسقاط ... باعلام وشرطه العقل والبلوغ والطوع ...
... قالوا اقررنا ... الاقرار ...
اي المدعى عليه لانه اخبار عن كائن سابق ... لو اقره لغيره ... والمقر له
... لا يحل له اخذه ... كرها ...

مدلول الخبر الصدق والكذب باحتمالي عقلي كيف وقد الزم رسول الله صلى الله عليه وسلم
ماعزا الرجم باقراره وتلك المراة الغامدية باعترافها فلو لم يكن ملزما لما الزمها
عليه السلام باقرارهما مما يندرئ بالشبهات فلان يكون ملزما في غيره اولى واذا كان
ملزما يلزمه ظهور حكمه بالضرورة سواء صدقه المقر له او سكت لان تصديقه ليس بشرط
في صحة الاقرار واما لو رده فان كان المقر به دينا او عينا يبطل اقراره بالرد وان كان
طلاقا او عتاقا فلا يبطل بالرد لانه اسقاط يتم بالمسقط وحده وكذا لو اقر لاخر وقال
انا عبدك فرده المقر له لا يبطل الاقرار فيكون عبده لان الاقرار بالرق لا يبطل بالرد كما لا يبطل
بجحود المولى كما في الخلاصة والبزازية ولو عاد المقر له الى تصديق المقر بعد رده لا يفيد
تصديقه ولو اعاد المقر اقراره بعد الرد وصدقه المقر له في الاقرار الثاني يصح اقراره كذا في
القنية واما الاقرار بالنسب فهل يرتد بالرد ففي الفصولين بعلامة قاضي ظهير لو قال ليس
هذا الولد مني ثم قال هو مني يصح لانه بالاقرار بانه ابني تعلق حق المقر وحق المقر له اما
حق المقر له فانه يثبت نسبه من رجل معين حتى ينتفي كونه من الزنا فاذا قال ليس هذا الولد
مني لا يملك ابطال حق الولد فاذا عاد الى التصديق يصح قال هذا فيما اذا اقر اولا بانه ابني
ثم نفاه ثم عاد الى الاقرار واما اذا نفى اولا ثم اقر فلا يستقيم هذا اذ لم يبطل بالنفي حق
الولد لعدم حقه لانه لم يقر بنسبه فالاولى ان يعلل بان التناقض لا يمنع في مثله
قال ولو قال هذا الولد مني ثم قال ليس بولدي لا يصح النفي لان النسب اذا ثبت لا ينتفي
بنفيه وهذا اذا صدقه الابن واما بغير تصديقه فلا يثبت النسب لانه اقرار على الغير
بانه جزئي لكن اذا لم يصدقه الابن ثم صدقه يثبت البنوة لان اقرار الاب لم يبطل
بعدم تصديق الابن ولو انكر الاب اقراره فبرهن الابن انه اقر انه ابنه تقبل
فالاقرار بانه ابني مقبول لانه اقرار على نفسه بانه جزؤه اما الاقرار بانه اخوه فلا
يقبل لانه اقرار على الغير ولو ادعى انه ابن فلان وصدقه فلان وثبت نسبه ثم
ادعى انه ابن فلان آخر لا يسمع لانه يتضمن ابطال حق المقر له الاول وكذا لو قال
انا ابن فلان ولم يصدقه فلان ثم ادعى انه ابن فلان آخر لم يصح اقراره الثاني اذ ثبت

اذ ثبت للاول حق التصديق فلو صححنا اقراره الثاني يفضي الى ابطال حق التصديق
للاول وانه لم يجز وصار كمن ادعى انه مولى فلان ولم يصدقه فلان ثم ادعى انه مولى
فلان آخر فانه لم يجز لما فيه من ابطال حق الغير هكذا ذكره بعلامة قاضي ظهير
ثم ذكر بعلامة العدة انه لو قال هو ابن فلان ثم قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان
جحد المقر له اذ النسب المقر به لا يحتمل النقض وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو ابن المقر لو
جحد المقر له لان الاقرار بالنسب يحتمل النقض فيرتد برده انتهى قال في البزازية نقلا
عن الجامع لو قال هذا ابن عبدي او ابن فلان الغائب ثم قال هو ابني لا يكون ابنه ابدا
وقالا ان كذبه المقر له في النسب ثم ادعاه المقر صح انتهى فظهر منه انه لا يكون ابن المقر
فيما جحد المقر له على اطلاقه كما هو الظاهر من لفظ العدة بل لا بد من دعوى المقر بعد انكار
المقر له لا انشاؤه اي لا اثبات المقر به للمقر له ابتداء بهذا اللفظ على ما هو شان
الانشاآت كما في البيع والهبة وهذا لانه اخبار عن امر كائن على ما تقدم فيحتمل الكذب
فيجوز تخلف مدلوله الوضعي عنه بخلاف الانشاء الشرعي فانه يمتنع التخلف عنه
لانه ايجاد امر تمليك بلفظ يقارنه في الوجود وقد تقدم انهم اختلفوا في ان الاقرار
اخبار او تمليك وانشاء للحال واختار المص انه اخبار وعليه اكثر مشايخنا واستدلوا
عليه بمسائل منها ما ذكره المص بقوله فصح الاقرار بالخمر للمسلم حتى يؤمر بتسليمه
اليه ولو كان تمليكا ابتداء لما صح ومنها لا يصح اقراره بطلاق وعتاق مكرها في اقراره
ولو بوعيد الحبس والقيد ولو كان انشاء لصح اقراره بهما مكرها لان طلاق
المكره وعتاقه صحيح عندنا وكذا لا يصح اقراره بهما هازلا او كاذبا على ما في اكراه
قاضيخان ولو كان تمليكا لصح ومنها لو اقر لاخر بعين في يد رجل ولا يملكه المقر
صح اقراره في حقه حتى لو ملكه المقر يوما من الدهر يؤمر بتسليمه ولو كان تمليكا
لما صح لانه تمليك ما لا يملكه بعد الى غير ذلك من المسائل التي استدلوا بها على
انه اخبار على ما تقدم آنفا واذا اقر حر والحرية ليس بشرط في صحة الاقرار لان
اقرار العبد صحيح ايضا ماذونا او محجورا اما الماذون فلانه ملحق بالحر في حق

ويؤمر المسلم ان يخلل الخمر
ولو اقر المكره بالطلاق والعتاق لا يصح
ولو كان تمليكا ابتداء لان طلاق المكره
يقع ولو اقر بعين مال المقر له يعلم انه كاذب
في اقراره لا يحل المقر له فلو كان تمليكا
ابتداء يحل

اقرار ما يكون من باب التجارة حتى ينفذ في الحال اقراره بالمال والحدود والقصاص وان
لم ينفذ في الحال اقراره بما ليس من باب التجارة كاقراره بمهر امراة تزوجها بغير اذن
مولاه وكاقراره بجناية موجبة للمال فانه انما ينفذ بعد عتقه واما المحجور فلانه
لو اقر بما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص ينفذ في الحال وان لم ينفذ في الحال اقراره
بما فيه تهمة كاقراره بالاموال فانه انما ينفذ بعد العتق لزوال المانع نظيره ما مر انفا
ان الحر لو اقر لاخر بعين في يد رجل ولا يملكه المقر صح وينفذ بعد زوال المانع وهذا
وان كان ينزع الى تخصيص العلة لكن المخلص معروف في الاصول قلت فعلى ما
ذكرناه من صحة اقرار العبيد لا يكون ذكر الحرية قيدا احترازيا بل بيانا للواقع
وحكم اقرار العبيد مسكوت عنه مكلف اي عاقل بالغ لان اقرار المجنون والمعتوه
والصبي لا يصح لانعدام اهلية الالزام الا اذا كان الصبي والمعتوه ماذونا لهما
لانهما بحكم الاذن ملحقان بالعاقل البالغ فيصح اقرارهما بكل ما يكون طريقه
التجارة كالديون والعواري والودايع والمضاربات والغصوب بخلاف ما ليس
من باب التجارة كالمهر والجناية والكفالة لانها تبرع ابتداء غير داخل تحت
الاذن وكذا يصح اقرار الصبي العاقل بالرقية بان قال انا عبد لفلان فانه
يكون صغيرا حتى لو ادعى الحرية الاصلية بعد كبره لا يقبل قوله بلا حجة على ما
تقدم قبيل دعوى النسب والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم التمييز والسكران
ان كان سكره بطريق محظور يصح اقراره مطلقا لانه لا ينافي الخطاب الا اذا اقر
بما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة حقا لله تعالى وان كان سكره بطريق مباح
كالشرب مكرها لا يصح اقراره وكذا بشرب المتخذ عن الحبوب او العسل عندهما
خلافا لمحمد على ما في الزيلعي بحق معلوم مقداره او مجهول كشيء او حق
بان قال لح علي حق او شيء صح اقراره لان الحق قد يلزمه مجهولا بان يتلف مالا
او يجرح جراحة او يبقى عليه بقية حساب لا يعرف قيمته ولا ارشها ولا قدرها
وهو يحتاج اليه لابراء ذمته بالايفاء او التراضي فيصح بالضرورة بخلاف الشهادة

لان الحق قد يلزمه مجهولا بان يتلف مالا لا يدري قيمته او جرح جراحة لا يعلم ارشها

الشهادة فانها لا تجوز الا بالعلم مع انها اخبار ايضا عن ثبوت الحق للمدعى
والحق قد يلزم له مجهولا والشهادة عليه لا تصح مجهولة وهذا لان العلم بالمشهود
به ثبت نصا لقوله صلى الله عليه وسلم اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع
فلا يجوز انتفاؤه ولان الشهادة لا توجب حقا الا بالقضاء ولا يمكن القضاء بالمجهول
وبخلاف المقر والمقر له فان الاقرار لا يصح ما لم يكونا معلومين على ما سبق وهل
يصح اقراره بالكتابة او يلزمه التلفظ بالمشافهة وفيه تفصيل قال في اقرار البزازية
كتب كتابا فيه اقرار بين يدي الشهود فهذا على اقسام الاول ان يكتب ولا يقول
شيئا لا يكون اقرارا فلا تحل الشهادة بانه اقرار قال القاضي النسفي ان كتب
مصدرا مرسوما وعلم الشاهد حل له الشهادة على اقراره كما اقر كذلك وان لم
يقل اشهدوا علي به فعلى هذا اذا كتب للغائب على وجه الرسالة اما بعد فلك
علي كذا يكون اقرارا لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر ويكون متكلما والعامة
على خلافه لان الكتابة قد يكون للتجربة وفي حق الاخرس يشترط ان يكون معنونا
مصدرا وان لم يكن الى الغائب الثاني كتب وقرأ عند الشهود لهم ان يشهدوا
به وان لم يقل اشهدوا علي الثالث ان يقرأ هذا عنده غيره فيقول الكاتب
اشهدوا علي به الرابع ان يكتب عندهم ويقول اشهدوا علي بما فيه ان علموا
ما فيه كان اقرارا والا فلا وذكر القاضي ادعى عليه مالا واخرج خطا وقال انه خط
المدعى عليه بهذا المال فانكر ان يكون خطه فاستكتب وكان بين الخطين مشابهة
ظاهرة دالة على انهما خط كاتب واحد لا يحكم عليه بالمال في الصحيح لانه لا يزيد على ان
يقول هذا خطي وانا حررته لكن ليس علي هذا المال وثم لا يجب كذا هنا الا في دفاتر
الباعة والصراف والسمسار انتهى وفي احكام الكتابة من الاشباه انه يعمل
بدفتر البياع والصراف والسمسار فالخط فيه حجة ولزمه اي المقر بيان المجهول
لانه مجمل فاليه البيان للخروج عن العهدة حتى لو لم يبين اجبره الحاكم على
البيان صيانة لحق المقر له وان مات قبل البيان يجبر ورثته على البيان على ما في البزازية

مطلب الدفتر حجة عند التجار

اما العلم فظاهر واما المجهول فلانه قد يكون عليه حق ولا يدري كميته

حيث قال في دعوى النسب والارث لو قال احد هذين ابني صح اقراره ويجبر على البيان
وبعده يجبر ورثته على البيان ولا يثبت النسب باقراره حتى يجمعوا على احدهما انتهى
واعلم انه متى اقر بمجهول واطلق ولم يبين السبب يصح اقراره ويلزم بيانه ويحمل
على انه وجب عليه بسبب يصح مع الجهالة كالغصب والوديعة لان الجهالة لا تمنع
تحققهما وثبوت حكمهما لان الانسان قد يغصب مالا مجهولا ويودع مالا مجهولا
في كيس وان لم يطلق بل بين السبب ينظر فان بين سببا لا يضره الجهالة كالغصب
والوديعة يصح اقراره ايضا ويلزم بيانه وان بين سببا تضره الجهالة كالبيع والاجارة
لا يصح اقراره ولا يلزم بيانه حتى لو اقر انه باع من فلان شيئا او اجر من فلان شيئا
او اشترى من فلان شيئا لا يصح اقراره ولا يجبر على البيان ثم لزوم البيان على المقر فيما
امكن والا فليطلب البيان من علم اخر مثلا لو قال لزيد على الف ونصف ما لعمرو ولعمرو
الف الا نصف ما لزيد فمات قبل البيان ولم يكن له وارث معروف بينهم فالجواب انا
فرضنا ما اقر لزيد شيئا فيكون لعمرو الف الا نصف شيء فلزيد الف وخمسمائة
الا ربع شيء يعدل شيئا الذي فرضناه لزيد وجبرناه بان اسقطنا الاستثناء من طرف
ذي الاستثناء وادرجنا المستثنى اعني ربع شيء في المستثنى منه وزدنا مثله في الطرف
الاخر فصار الفا وخمسمائة يعدل شيئا وربع شيء ثم قسمنا بسط الف وخمسمائة
اعني ستة الاف على شيء وربع شيء اعني خمسة يخرج الف ومائتان وهو المقر به لزيد فيكون
لعمرو اربعمائة لانه اقر له الف الا نصف ما لزيد فاذا استثنى منه الالف نصف ما لزيد اعني
ستمائة بقي اربعمائة بما له قيمة لانه اخبر عما وجب في ذمته وما لا قيمة له كحبة حنطة
وقطرة ماء وكالخمر لا يجب في الذمة فاذا بين بما لا قيمة له يكون رجوعا عن اقراره
باطل فيلزمه البيان بما له قيمة ولو بين بالصبي والزوجة او بجلد الميتة لا يصح
وقيل يصح والاول اصح على ما في الزيلعي وعليه الاكثر على ما في البزازية وقال فيها ايضا لو قال
غصبت منه شيئا صح ويجبر على بيان ما يجري فيه التمانع والتقوم سواء كان مما يضمن
بالغصب او لا كالعقار ولو بين بحبة حنطة او خمر لا يصح وكذا لا يصح بيانه بولده

بولده او زوجته لعدم جريان التمانع فيه ولا التقوم والقول قوله اي قول المقر
مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر منه اي مما اقر به المقر يعني اذا بين ما له قيمة مما ثبت
في الذمة مكيلا كان او موزونا او عدديا نحو كر حنطة او فلس وجوزة فاما ان يساعده
المقر له او لا فان ساعده اخذه والا فالقول قول المقر مع يمينه لان المقر له يدعي اكثر
منه وهو منكر والقول قول المنكر مع يمينه ولو برهن المقر له على الاكثر قبل بينته لانه
مدع فيقدم بينته وفي قوله لفلان علي مال لا يصدق في اقل من درهم والقياس قبوله
لانه مال ايضا الا انه ترك القياس بالاستحسان لان ما دونه من الكسور لا يطلق عليه
اسم المال عادة والعرف قاض على الحقيقة وفي قوله لفلان علي مال عظيم لا يصدق
في اقل من نصاب مما اي من مال بين به بذلك المال فضة بان قال مال عظيم من فضة
وغيرها كالذهب فلا يصدق في الفضة في اقل من مائتي درهم وفي الذهب في اقل
من عشرين مثقالا ولا يصدق فيما بين به من الابل في اقل من خمسة وعشرين لانها
هو النصاب المقدر في وجوب الابل على المزكي لان الواجب فيما دونه هو الشاة ومن
البر خمسة اوسق لانها هو النصاب عندهما وذلك لانه وصف المال بالعظم فلا
يجوز الغاؤه لانه صدر عن عقل كامل فلا بد من ان يبين بما يعد عظيما عند الناس
والنصاب عظيم عند الناس لانه يعد صاحبه غنيا عند الناس فلا بد من البيان
من جنس ما يجب الزكاة فيه هذا اذا بين المال العظيم بالمال الزكوي واما اذا بينه
بغير المال الزكوي فاشار اليه بقوله ومن غير مال الزكوة قيمة النصاب اي لا بد
من ان يبينه بقيمة النصاب ثم هذا قولهما وهو رواية عن الامام وروي عنه ايضا انه
لا يصدق في اقل من نصاب السرقة لانه عظيم واضعاف ذلك عند الغني ليست بعظيمة
وفي قوله له علي اموال عظام لا يصدق في اقل من ثلاثة نصب اي من اي نوع سماه من الزكوي وغيره اعتبارا لادنى الجمع ولو قال علي مال نفيس او كريم
او خطير او جليل قال الناطفي لم اجده منصوصا عليه وكان الجرجاني يقول
يلزمه مائتان وفي قوله لفلان علي دراهم لا يصدق في اقل من ثلاثة دراهم

لو قال ثلاثة دراهم ... لانها اقل الجمع

لما ذكرناه ودراهم كثيرة وكذا دنانير كثيرة عشرة دراهم او دنانير هذا عند ابي ح
وعندهما لا يصدق في اقل من نصاب اي مائتا درهم او عشرون مثقالا لان في النصاب
كثرة حتى يعد صاحبه غنيا مكثرا فيعمل به بخلاف ما دونه ولابي ح ان العشرة اقصى
ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون العشرة
هو الاكثر من حيث دلالة اللفظ عليه فيصرف اليه من غالب نقد البلد فان لم يوجد فمن
وزن سبعة مثاقيل ولو قال ثياب كثيرة يلزمه عشرة عنده وما يبلغ قيمته مائتي درهم
عندهما وفي قوله لفلان على كذا درهما لا يصدق في اقل من درهم لانه المتعاد وفي
قوله على كذا كذا درهما بلا واو ولا يصدق في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر عددين
مبهمين وليس بينهما حرف عطف فيحمل على نظيرها من الاعداد المفسرة واقل عددين
يذكران بلا حرف عطف بينهما احد عشر فيحمل عليه لتيقنه وان ثلث لفظ كذا بلا حرف
عطف فكذلك اي لا يصدق في اقل من احد عشر لما ذكرناه ولا يزاد عليه لعدم النظير
فيبطل الزيادة وفي قوله كذا وكذا بالواو يجب احد وعشرون ولا يصدق فيما دونه
لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف عطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون
فيحمل عليه وان ثلث بالواو زيد على احد وعشرين مائة حملا له على نظيره من المفسر
وان ربع بالواو زيد على مائة واحد وعشرين الف حملا له على نظيره من المفسر ايضا
لان اقل اعداد ثلاثة تذكر بحرفي عطف مائة واحد وعشرون واقل اعداد اربعة تذكر
بثلاثة حروف عطف الف ومائة واحد وعشرون ولو خمس بالواو ينبغي ان يزاد عشرة
الاف ولو سدس يزداد مائة الف ولو سبع يزداد الف الف وعلى هذا كلما زاد عددا
معطوفا بالواو وزيد عليه ما جرت به العادة الى ما لا يتناهى ولو قال كذا كذا درهما
ودينارا فعليه احد عشر منهما لانه ذكر عددا مبهما واشرك فيه جنسين من المال
فلزمه النصف من كل واحد منهما حملا له على المفسر فانه اذا قال على احد عشر درهما
ودينارا لزمه من كل واحد منهما النصف وكذا مكيل وموزون حتى لو قال له على
حنطة كثيرة فعندهما لا يصدق في اقل من خمسة اوسق لانه هو النصاب عندهما

عندهما ولو قال له على زعفران كثير لا يصدق في اقل من خمسة امناء عندهما لانه
هو النصاب فيه وكذا الاقرار بالغصب في جميع ما ذكر حتى لو قال غصبت من فلان
ابلا كثيرا او غنما كثيرا او حنطة كثيرة او بقرا كثيرا ينصرف الى اقل نصاب يؤخذ
منه ما هو من جنسه عندهما وهو خمسة وعشرون من الابل والاربعون من الغنم
والثلاثون من البقر وخمسة اوسق من الحنطة عندهما وعند ابي ح يرجع الى بيان
المقر كذا في الزيلعي وهذا كله اذا ذكر الدرهم منصوبا وان ذكره مجرورا بان قال كذا
درهم بالجر فعن محمد انه على مائة درهم لان اقل عدد يذكر الدرهم عقيبه بالجر مائة
ولو قال على عير الف فعن محمد انه الفان ولو قال عيرا لا الفين انه اربعة الاف
ولو قال له على دريهم بالتصغير فعليه درهم تام لان التصغير قد يذكر على
طريق الاستقلال فلا ينقص عن الوزن والمعتبر هو الوزن المعتاد وبشرك في عبد
اي اذا قال له شرك في هذا العبد فهو نصف عند ابي يوسف لان الشرك يطلق ويراد
به الشركة لغة ولو قال له شركة في هذا العبد كان اقرارا بالنصف فكذا هذا
وعند محمد يؤمر بالبيان لان الشرك قد يراد به النصيب وقد يراد به الشركة
فكان مجملا فالبيان الى المجمل وقوله له على او قبلي اقرار بدين لان على للايجاب
وقبلي ينبئ عن الضمان كذا في الكفاية فان وصل به اي بهذا القول فهو وديعة
اي قال له بلا تراخي صدق لان اللفظ يحتمل مجازا لان المودع يجب الحفظ والمال محله
فقد ذكر المحل واراد الحال مجازا فيصح موصولا وان فصل لا يصدق لانه تقرر حكم
اللفظ بالسكوت والحقيقة هو الاصل فلا يتغير بعده كسائر المغيرات من الاستثناء
والشرط وعندي او معي او في بيتي او صندوقي او كيسي اقرار بامانات لان هذه المواضع
محال للعين لا للدين اذ الدين محله الذمة والعين يحتمل ان يكون مضمونة وامانة
والامانة ادناهما فيحمل عليها للتيقن بخلاف ما اذا قال له قبلي مائة دراهم دين
وديعة او وديعة دين حيث يحمل على الدين لا على الامانة لانه ذكر لفظين احدهما
يوجب الدين والاخر يوجب الوديعة والجمع بينهما غير ممكن ولا يجوز اهمالهما

وحمل الدين على الوديعة حمل الاعلى على الادنى فلا يجوز فتعين العكس قال في فتاوى قاضيخان
رجل قال في صحته جميع ما هو داخل في منزلي لامرأتي هذه ثم مات صح اقراره قضاء فان علمت
المرأة بسبب من اسباب الملك من بيع او هبة كان لها ذلك والا فبنفس الاقرار لا تملك ولو قال
جميع ما يعرف مني وجميع ما ينسب الي فهو لانتي قال ابو بكر الاسكاف هذا اقرار وكذا
لو قال جميع ما في بيتي لفلان فهو اقرار ولو اقر لابنته في صحته بجميع ما في منزله من الفرش
والاواني وغير ذلك مما يقع عليه الملك من صنوف الاموال كلها وله في الرستاق دواب
وغلمان وهو ساكن في البلد قال الاسكاف اقراره يقع على ما وقع في منزله الذي هو ساكن
في البلد وعلى ما كان من الدواب يبعثها الى الساقورة بالنهار ويرجع الى وطنه الذي اقر
مما سها لابنته وكذلك عبيده الذين يخرجون في حوايجه نهارا وياوون الى منزله ليلا
فهو داخلون في الاقرار انتهى وهكذا في الخلاصة ولو قال لمن ادعى عليه الفا اتزنها
امر من الوزن او انتقدها امر من النقد او اجلني امر من التاجيل بها اي بالالف او قد
قضيتكها بصيغة التكلم او ابرأتني منها او وهبتها لي او تصدقت بها علي او احلتك
بها من الاحالة بصيغة التكلم والضماير كلها راجعة الى الالف فقد اقر وبلا ضمير لا
لان الضمير كناية عن المذكور في الدعوى في جميع ذلك فصار كانه اعاد المدعي وهو
وجوب الف عليه فيكون اقرارا بها بخلاف ما اذا لم يكن فيه الالف لانه لا دليل
على انصرافه الى المذكور فيكون كلاما مبتداء فلا يلزمه شيء وذلك لان اللفظ
الذي ورد بعد السؤال اما ان يصلح جوابا له فقط او يصلح الابتداء به فقط
او يصلح لهما فعلى الاول يحمل على الجواب وعلى الاخيرين يحمل على الابتداء فبذكر الضمير
لا يصلح جوابا فيحمل عليه وبعدم ذكره لا يصلح جوابا فاما ان يصلح الابتداء فقط
او كلاهما معا وعلى التقديرين يحمل على الابتداء فلا يلزمه شيء فكانه قال انا
للناس ونقادا لهم واترك الدعاوى الباطلة ولو اقر بدين مؤجل وقال المقر له هو
حال لزمه حالا لانه اقر بحق على نفسه وادعى حقا على المقر له فاقراره على نفسه حجة
ولا يقبل دعواه على الغير بلا حجة كما اذا اقر بعبد في يده لغيره وادعى الاجارة منه فانه

فانه يقبل اقراره له ولا يسمع دعواه بلا حجة بخلاف ما اذا اقر بدراهم سود فانه يصدق
لان السواد صفة في الدراهم فيلزم على الصفة التي اقر بها بخلاف الاجل فانه عارض
لا يثبت بنفس العقد بل بالشرط فالقول فيه للمنكر مع يمينه ولذا قال وحلف المقر
له على الاجل لكونه منكرا ولو قال علي مائة ودرهم فالكل دراهم فيلزمه مائة درهم
وكذا كل ما يكال ويوزن فلو قال علي مائة وقفيز حنطة او مائة ومن زعفران فالكل
حنطة وزعفران فيلزمه مائة قفيز وقفيز ومائة من ومن ولو قال مائة دينار
فالكل دينار ولو قال مائة وثوب او مائة وثوبان لزمه تفسير المائة وكذا لو قال
مائة وشاة لزمه شاة واحدة ويرجع في تفسير المائة اليه ولا تفسير لها ههنا
لان الدرهم وغيره من المقدرات المذكورة معطوف عليها بالواو فلا يكون
تفسيرا لان العطف يقتضي المغايرة فبقيت المائة على ابهامها فيرجع في تفسيرها
الى المجمل كما في الفصل الثاني ووجه الاستحسان انهم يستثقلون تكرار الدرهم
ويكتفون بذكره مرة عقيب عددين عطف احدهما على الاخر ويقولون احد وعشرون
درهما ولا يذكرون لكل من المعطوف والمعطوف عليه تمييزا للاستثقال والاستثقال
انما يكون فيما يكثر استعماله وكثرة الاستعمال عند كثرة الوجوب بكثرة اسبابه
وذلك فيما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات والعددي
المتقارب لثبوتها في الذمة في جميع المعاملات حالا ومؤجلا ويجوز الاستقراض بها
بخلاف غيرها فان الثوب لا يثبت دينا في الذمة الا بطريق السلم والشاة لا يثبت
دينا في الذمة اصلا فلم يكثر كثرتها فبقي على الاصل وهو ان يكون بيان المجمل الى
المجمل لعدم صلاحية العطف للتفسير الا عند الضرورة ولا ضرورة ههنا وان قال
مائة وثلاثة اثواب فالكل ثياب بالاتفاق لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما
تفسيرا اذ الاثواب لم يذكر بحرف العطف فانصرف الى المذكورين جميعا لاستوائهما
في الحاجة الى التفسير وذكر في النهاية عن ابي يوسف في قوله مائة وثوب ان الكل
ثياب وفي قوله مائة وشاة ان الكل شاة كما في قوله مائة وثلاثة اثواب ووجهه

ان الثياب والغنم يقسم قسمة واحدة بخلاف العبيد فانهم لا يقسمون قسمة
واحدة ونحو ما يقسم قسمة واحدة يتحقق في اعداده المتجانسة فيمكن ان يجعل المفسر
منه تفسيرا للمبهم وهو ضعيف لانهم قالوا ان العبيد يقسمون كالغنم عندهما
ولا يقسمون عند ابي ح ولو قال لفلان علي نصف دينار ودرهم وثوب فعليه نصف
كل واحد منها كذا في الزيلعي ولو اقر بتمر في قوصرة بان قال غصبت تمرا في قوصرة
على ما فسر في الاصل القوصرة بتشديد الراء وتخفيفها وعاء التمر يتخذ من قصب
لزماه لان غصب المظروف بدون الظرف لا يتصور بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من
قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع او اقر بخاتم لزم الحلقة
والفص لان اسم الخاتم يشملهما او بسيف فالنصل اي الحديدة والجفن بالجيم
ثم الغا اي هو الغمد والحمائل جمع حمالة بكسر الحاء علاقة السيف لانا اسم ايضا ينطلق
على الكل او بحجلة بفتح الحاء والجيم ستر العروس في جوف البيت على ما في المغرب
وفي الصحاح بيت يزين بالثياب والاسرة وينا سبه قوله فالكسوة والعيدان
جمع عود كالديدان جمع دود في الاصل فيما ذكرناه ايضا وان اقر بدابة في اصطبل
لزمه الدابة فقط وكذا اذا قال غصبت منه طعاما في بيت لزمه الطعام فقط عند
ابي ح وابي يوسف لان الدابة والطعام يدخلان في ضمانه بالغصب والاصطبل والبيت
لا يدخلان عندهما لان العقار لا ينقل في الغصب الموجب للضمان لا يكون الا بالنقل والتحويل
وقال محمد يدخلان في ضمانه ايضا لانه يرى بغصب العقار وبثوب في منديل لزماه
وكذا بثوب في ثوب وكذا لو اقر طعاما في سفينة او حنطة في جوالق لزماه لما ذكرناه
وان اقر بثوب في عشرة اثواب لزمه ثوب واحد عند ابي يوسف واحد عشر عند محمد
لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف
ان كلمة في يستعمل في البين والوسط ايضا فوقع الشك في كونها للظرف او للبين والمال
لا يثبت بالشك والاصل براءة الذمة على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء فلا يتحقق انه
يكون ظرفا الا الثوب الذي هو ظاهر فتعذر حمله على الظرف فتعين الحمل على البيت

فلغا آخر كلامه فتعين اوله وهو الثوب ولو قال علي خمسة في خمسة لزمه خمسة لان
الحقيقة وهي الظرفية متعذر لعدم جريانه في نحو علي درهم اذ لا يصلح الدرهم ظرفية
ولا يصار الى المجاز ايضا لتعذره لانها قد تجيء بمعنى الواو وبمعنى مع لعلاقة الجمعية وبمعنى
على ايضا نحو ولاصلبنكم في جذوع النخل فاذا تعذرت الحقيقة ولا يصار الى المجاز صار لغوا
فلزم ما ذكر اولا وهو الخمسة كما في علي درهم في درهم لان الثاني لغو فيه ايضا وان وصلية
نوى الضرب لتكثير الاجزاء لان اثر الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المال فلا اثر في النية له في الزيادة وعن
الحسن انه يلزمه خمسة وعشرون وقد مر مثله في الطلاق وان نوى مع يلزم عشرة لان اللفظ
يحتمله ولو مجازا على ما ذكرناه فاذا نوى محتمل كلامه صحت نيته لا سيما اذا كان تشديدا
على نفسه وفي قوله علي من درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة يلزمه تسعة
وعندهما يلزمه عشرة وقالا يلزمه ثمانية وهو القياس لانه جعل الطرفين حدا والحد
لا يدخل تحت المحدود كما اذا قال لفلان من هذا الحائط الى هذا الحائط او ما بين هذين
الحائطين ولهما ان الحدين لا بد ان يكونا موجودين في المحدود اذ المعدوم لا يكون غاية
فيدخلان في المحدود ولابي ح ان الحد غير المحدود فلا يدخل الغاية تحت المغيا الا ان الغاية
الاولى ما توقف عليها تحقق الثاني والثالث اعتبر دخولها فلزمه تسعة وان قال له
من داري ما بين هذا الجدار الى هذا الجدار فله ما بينهما فقط بالاتفاق لخروج الغايتين
هنا بالاتفاق لان ما بينهما محسوس موجود فلا حاجة الى اعتبار دخول الطرفين وصح
الاقرار بالحمل اي حمل شاته او جاريته بلا اشتراط بيان السبب الصالح له كما اشترط
في الاقرار للحمل كما سيصرح به وحمل اي الاقرار بالحمل على الوصية من غيره بان اوصى
رجل بحمل جاريته لرجل ومات الموصي والمقر وارثه فورث الجارية عالما بوصية مورثه
فاقر بان هذا الحمل لفلان اي للموصى له صح بالاجماع واذا صح ذلك وجب حمل الاقرار عليه
لان الحمل وحده لا يملك الا بالوصية فتعينت سببا وصح الاقرار للحمل ايضا بان قال
لحمل فلانة علي الف درهم مثلا وهذه المسئلة على ثلاث صور لانه اما ان يبين سببا صالحا
او سببا غير صالح او لم يبين سببا اصلا فاشار الى الاول بقوله ان بين سببا صالحا

كارث او وصية بان قال مات ابوه فورثه او اوصى له فلان لان كلا من الارث والوصية سبب صالح
لو عاينّاه حكمنا به فكذلك باقراره ثم اذا وجد السبب الصالح فلا بد من وجود المقر له
عند الاقرار فان ولدت الحمل المقر له بسبب صالح حيا لاقل من نصف حول مذ اقر فله ما اقر به
لان اقراره كان صحيحا والمقر له موجودا وقت اقراره لزمه ما اقر به بالضرورة وكذا
لزمه ما اقر به لو ولدت لاكثر من نصف حول الى سنتين وهي معتدة لتيقن وجود
المقر له وقت الاقرار في هذين الصورتين بخلاف ما اذا جاءت به لاكثر من ستة اشهر
وهي غير معتدة فانه لم يلزمه ذلك لعدم تيقن وجود المقر له وقت الاقرار كذا
في العناية وان ولدت حيين فلهما نصفين اذا كانا ذكرين او انثيين وان كان احدهما
ذكرا والآخر انثى ففي الوصية كذلك وفي الميراث للذكر مثل حظ الانثيين وان ولدت
ميتا فللموصي والمورث يقسم المال بين ورثة المورث والموصي لان هذا الاقرار في الحقيقة
كان لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل واشار الى بيان الثاني بقوله
وان فسّر السبب ببيع او اقراض بان قال باعنيه الحمل او اقرضنيه واشار الى
الثالث بقوله او ابهم الاقرار لغا اي في الثاني والثالث اما في الثاني فلانه بين
سببا غير صالح لان البيع والاقراض لا يتصوران من الحمل اصلا فكان كذبا محضا
فلا يجوز بالاجماع واعترض عليه بمسئلة ذكرها في كتاب الحيل من التاتارخانية لو اقر
ان لهذا الصغير علي الف درهم قرضا اقرضنيه او من ثمن مبيع باعنيه صح الاقرار
مع ان الصبي ليس من اهل البيع والقرض لكن انما يصح باعتبار ان هذا القرض والبيع
محل لثبوت الدين للصغير عليه بالجملة انتهى وهكذا ذكره في اقرار الاشباه ايضا
وذكر من قبل هذا ايضا ان الاقرار بشيء محال حسا او شرعا باطل كما لو اقر بارش يده
التي قطعها ويداه صحيحتان وكما لو اقر لوارث قدرا من السهم ازيد من الفريضة
الشرعية لانه محال شرعا قال ولكن لا بد من كونه محالا من كل وجه والا فينتقض بمسئلة
التاتارخانية التي ذكرناه لان الاقرار فيها صحيح لعدم كونه محالا من كل وجه واما في الثالث
ففيه خلاف بين ابي يوسف ومحمد فقال ابو يوسف انه لغو لان لجوازه طريقين الارث

والوصية وليس احدهما اولى من الآخر فيلغو وقال محمد انه يصح لان الاقرار حجة
موجبة فيجب اعماله ما امكن وقد امكن حمله على السبب الصالح لانه يمكن انه ورثه
او اوصى له به فلا يصار الى الالغاء كما في العبد المأذون له اذا اقر بدين فان اقراره
وان احتمل الفساد بان كان صداقا او دين كفالة والصحة بان كان دين التجارة كان
صحيحا تصحيحا لكلام العاقل وان اقر بشرط الخيار بان قال لفلان علي الف درهم
قرضا او غصب او وديعة او عارية قائمة او مستهلكة على انه بالخيار ثلاثة ايام
لزمه المال لان الاقرار حجة ملزمة وقد وجد وبطل الشرط لان الخيار للفسخ والاقرار
اخبار لا تمليك على ما تقدم بيانه والاخبار لا يحتمل الفسخ لان الخبر ان كان صادقا
فهو واجب العمل به فلا معتبر باختياره وعدم اختياره وان كان كاذبا فهو واجب
الرد لم يتغير باختياره وعدم اختياره فتعين الالغاء وانما تأثيره في العقود ليتغير به
صفة العقد ويتخير به بين فسخه وامضائه

باب الاستثناء وما في معناه

لما ذكر موجب الاقرار بلا مغير شرع في بيان موجبه مع المغير وهو الاستثناء وما في
معناه وهو الشرط صح استثناء بعض ما اقر به قليلا كان البعض المستثنى او كثيرا
صحيحا او كسرا حتى لو قال علي لزيد عشرة الا نصف ما لعمرو ولعمرو عشرة الا ثلث
ما لزيد صح فلزيد ستة ولعمرو ثمانية لانا فرضنا ما لزيد شيئا فلعمرو عشرة الا
ثلث شيء فلزيد خمسة الا سدس شيء يعدل شيئا فبعد اسقاط المشترك
وهو سدس شيء من الطرفين يبقى خمسة يعدل خمسة اسداس شيء فاقسم بسط
الاول وهو ثلاثون الحاصل بضرب الخمسة في مخرج الكسر اعني الستة على بسط الثاني
وهو خمسة وهو صورة الكسر خرج ستة فهي لزيد وفي معرفة ما لعمرو فافرض ماله
شيئا فلزيد عشرة الا نصف شيء فلعمرو ستة وثلثان الا سدس شيء يعدل شيئا
فبعد اسقاط المشترك لستة وثلثا يعدل خمسة اسداس شيء فاقسم حاصل المقسوم
وهو اربعون على حاصل المقسوم عليه وهو خمسة يخرج ثمانية لو كان الاستثناء متصلا
باقراره لانه بيان تغيير فلا يجوز تأخيره عن وقته وهو قول العامة وقال ابن عباس

يجوز التأخير عنه ولزمه باقيه لان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا حتى لو قال له على عشرة الا درهما لزمه التسعة اما لان العشرة مجاز عن التسعة والا درهما قرينة له واما لان المراد بعشرة عشرة افراد فيتناول التسعة والدرهم معًا ثم اخرج منها درهم فبقيت تسعة ثم اسند الحكم الى العشرة المخرجة عنها درهم فلم يقع الاسناد الا على التسعة واما لان مجموع عشرة الا درهما موضوع بازاء تسعة حتى كانه وضع لها اسمان احدهما تسعة والاخر عشرة الا درهم على ما بين في الاصول وبطل استثناء الكل اتفاقا لما مر ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا ولا باقي في استثناء الكل فيكون رجوعا والرجوع عن الاقرار باطل موصولا او مفصولا فلزمه جميع ما اقر به وبطل استثناؤه وقال اصحابنا هذا اذا كان الاستثناء بعين لفظ الاول او بمساويه نحو عبيدي احرار الا عبيدي والا مماليكي واما لو استثنى بلفظ يكون اخص من الاول في المفهوم يجوز ولو كان مساويا له في الوجود نحو عبيدي احرار الا هؤلاء ولا عبيد له سوى المعدود ونحو نسائي طوالق الا هؤلاء زينب طلحة وسعاد ولا نساء له غيرهن لان كونه استثناء الكل ضرورة عدم ملكه سواه لا لامر يرجع الى اللفظ فبالنظر الى ذات اللفظ امكن ان يجعل المستثنى بعض ما يتناوله الصدر والامتناع من خارج فلا يضره بخلاف ما اذا كان بعين لفظ الاول فانه لم يمكن جعله تكلما بالباقي بعد الثنيا بالنظر الى اللفظ ايضا فان قيل هذا ترجيح جانب اللفظ على المعنى واهمال المعنى بالكلية قلنا ان الاستثناء تصرف لفظي يرجح على جانب المعنى الا يرى انه اذا قال انت طالق ست تطليقات الا اربعا صح الاستثناء ووقع طلقتان وان كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا يزيد على الثلاث ومع هذا لا يجعل كانه قال انت طالق ثلاثا الا اربعا اعتبارا بجانب اللفظ وان اقر بشيئين بان قال له على كر حنطة وكر شعير واستثنى احدهما بان قال الا كر حنطة او الا كر شعير او استثنى احدهما وبعض الاخر بان قال الا كر حنطة وقفيز شعير بطل استثناؤه عند ابي ح خلافا لهما

لهما اي في استثناء احدهما وبعض الاخر لان قوله له على كر حنطة وكر شعير الا كر حنطة وقفيز شعير كلام متصل لان قوله الا كر حنطة استثناء صحيح لفظا الا انه غير مفيد فاذا كان كلاما متصلا كان استثناء القفيز متصلا بما قبله فيصح ولابي ح ان استثناء الكل باطل بالاجماع فكان قوله الا كر حنطة لغوا فكان قاطعا لما قبله فيكون الاستثناء منقطعا وان استثنى بعض احدهما بان قال الا قفيز حنطة او بعض كل منهما بان قال الا قفيز حنطة وقفيز شعير صح اتفاقا لان قوله الا قفيز حنطة استثناء صحيح مفيد فلا يكون قاطعا فيصح العطف عليه فيلزمه كر حنطة وكر شعير الا قفيز حنطة وقفيز شعير ولو استثنى كيليا او وزنيا او عدديا متقاربا من دراهم صح بالقيمة يعني لو قال له على مائة درهم الا قفيز حنطة او الا دينارا او الا فلوسا لزمه مائة الا قيمة القفيز والدينار والفلوس عند ابي ح وابي يوسف والشافعي خلافا لمحمد وزفر معه ولو استثنى منها اي من دراهم شاة او ثوبا او دارا بطل اتفاقا بين اصحابنا وقال الشافعي يصح في الفصلين اي في المثلي والقيمي لان شرط الاستثناء عنده اتحاد الجنس على الاصح وهو موجود في الفصلين من حيث المالية فانتفى المانع مع وجود المقتضي وهو التصرف اللفظي فيصح ولمحمد ان الاستثناء اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى انه لولاه لدخل المستثنى تحت اللفظ وذلك لا يتصور في خلاف الجنس لعدم دخوله تحت اللفظ ولا جنسية بين القيمي والمثلي فبطل استثناء احدهما عن الاخر والمالية غير معتبرة في الجنسية وقال ابو ح وابو يوسف ان القياس ما قاله محمد في الفصل الاول ايضا لعدم الجنسية بين الدراهم وبين الكيلي والوزني والعددي الا انا استحسنا فيها لانها جنس واحد من حيث المعنى من انها تثبت حالا ومؤجلا في الذمة ويجوز استقراضها وان اختلفت صورها والحاصل ان الكيليات والموزونات والعدديات تجانس الدرهم في اخص اوصافها اعني الثمنية فيكون جنسا واحدا فيصح استثناؤها منه باعتبار المعنى بخلاف القيمي اذ لا جنسية

مطلب من وصل باقراره ان شاء الله بطل اقراره

بينه وبين المثلي اصلا والمالية غير معتبرة في الجنسية بل المعتبر فيها اخص الاوصاف
والمالية ليست كذلك ومن وصل باقراره ان شاء الله بطل اقراره وكذا ان علقه
بمشيئة من لا يعرف مشيئته كالملك والجن لان الاستثناء بمشيئة من لا يعرف مشيئته
اما ابطال او تعليق على ما عرف في تعليق الطلاق وعلى التقديرين لم يلزمه الاقرار
لانه على الاول قد ابطل الاقرار واما على الثاني فلان الاقرار اخبار عما سبق فلا يحتمل
التعليق بالشرط لانه انما يكون بالنسبة الى المستقبل ولانه شرط لا نوقف عليه والتعليق
به غير صحيح على ما تقدم في تعليق الطلاق بخلاف نحو ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا
مت او اذا جاء رأس الشهر او الاضحى او فطر الناس فانه يلزمه المائة مات او عاش جاء رأس
الشهر او لا فطر الناس او لا لانه ليس بتعليق بل بيان المدة فيكون ذلك منه دعوى
الاجل الى الوقت المذكور حتى لو كذبه المقر له في الاجل كان المال حالا عندنا كذا في العناية
قلت وكذا يكون المال حالا لو سكت المقر له ولم يكذبه وذكر الشارح الزيلعي ههنا تفصيلا
ذكرناه وما يرد عليه قبيل كتاب الطرف فارجع اليه ولو اقر بدار واستثنى منها بناؤها
كانا للمقر له لان البناء لم يتناوله الدار مقصودا حتى لو استحق البناء قبل القبض لا يسقط
شيء من الثمن بمقابلته بل يخير المشتري واذا لم يتناوله مقصودا لم يصح الاستثناء
لان الاستثناء انما يبين ان المستثنى من متناول اللفظ المستثنى منه مقصودا ولم يدخل تحت
حكمه بخلاف ما اذا قال هذه الدار لفلان الا ثلثها او الا بيتا منها فانه كما قال لان ذلك
داخل فيه لفظا ومقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار يسقط حصته من الثمن
ولو قال بناؤها لي والعرصة له كان كما قال لان العرصة عبارة عن بقعة لا بناء فيها فكانه قال
بياض هذه الارض دون البناء لفلان والبناء لا يتبعه بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار
لي والارض لفلان حيث كانا للمقر له لان الاقرار بالارض لاصالتها اقرار بالبناء كالاقرار بالدار
وكذا لو قال هذه الدار له وهذا البيت منها لي كانا للمقر له لانه اقر بكلها ثم ادعى شيئا منها
فلا يصدق الا بحجة وفص الخاتم ونخل البستان كبنائها في كونها داخلة تبعا لا لفظا
ومقصودا فيلزمه الفص والنخل باقرار الخاتم والبستان وجنس هذه المسائل يخرج

T.C. Kültür Bakanlığı HİSAR KİTAPSARAYI

على اصلين احدهما ان الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس والثاني ان الاقرار ليس
بحجة على الغير فاذا اقر بشيئين يتبع احدهما الآخر فان اقر لشخص واحد فظاهر وان
اقر لشخصين فان قدم التابع نحو بناء هذه الارض لفلان والارض لفلان فكما قال لان
الاقرار الاول لا يستتبع التابع فالاقرار بالتابع بعده اقرار على الغير وان اقر باحدهما
فان كان المتبوع نحو الارض لفلان والبناء لي كانا للمقر له بالاستتباع وان كان التابع
كقوله الارض لي والبناء لفلان كان كما قال لان في الاول دعوى بعد الاقرار فلا يصح وفي
الثاني عكسه فيصح وان قال له علي الف من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان عينه
اي عين المقر العبد قيل للمقر له بالالف سلم العبد الذي عينه المقر وتسلم اي خذ الالف
الذي اقره لك ان شئت هذا ان صدقه المقر له في تعيينه لان الثابت بالتصادق
كالثابت معاينة فيؤمر بالتسليم والتسليم واما اذا لم يصدقه المقر له في تعيينه
وقال العبد عبدك وانما بعتك غيره وسلمته اليك فيلزم على المقر ما اقره لان اقراره
عند سلامة العبد له وقد سلم له ولا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود
فيلزمه الالف سواء كان العبد في يده او في يد المقر له ولو قال المقر له العبد عبدي
ما بعتكه فلا يلزم على المقر شيء لانه ما اقر الا عوضا عن العبد ولم يسلم له فلا يلزمه
شيء سواء كان ذلك العبد في يد المقر او في يد المقر له ولو قال ما بعتكه انما بعتك
غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم ما عينه والآخر ينكره والمقر له يدعي عليه الالف
ببيع غيره والآخر ينكره واذا تحالفا بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن هو في يده
وان لم يعينه اي المقر لزمه اي المقر الالف الذي اقر به ولغا قوله لم اقبضه عند
ابي حنيفة لانه رجوع عن اقراره الموجب لوجوب المال عليه فلا يصح ولو موصولا وانما
كان هذا رجوعا لان انكار القبض في غير المعين يقتضي جهالة المبيع وجهالته
مطلقا يقتضي سقوط وجوب الثمن فاول كلامه يوجب وجوب الثمن وآخره يوجب
سقوطه وذلك رجوع وقالا المقر له ان صدقا المقر في الجهة فالقول للمقر في عدم
القبض وان كذبه فيها فالمقر ان وصل قوله لم اقبضه فالقول له وان فصل لم يصدق

لان اول كلامه موجب واخره يغيره لانه يحتمل انتفاؤه على اعتبار عدم القبض فكان
بيان تغيير وهو انما يصح موصولا لا مفصولا ولو قال له على الف من ثمن خمر او خنزير
لا يصدق ولزمه الالف ولم يقبل تغييره عند ابي ح وصلا او فصلا ان لم يصدقه المقر له
لانه رجوع عما وجب عليه باقراره فلا يقبل كذا في العناية وقال في قاضيخان لا يصدق ان
كذبه المقر له في السبب بدل ان لم يصدقه فالظاهر منه ان المقر له ان سكت يصدق
المقر في تفسيره بخلاف ما في العناية وعندهما ان وصل صدق في المسئلتين ولم يلزمه
شيء لانه بين باخر كلامه انه ما اراد به الايجاب فكان بيان تغيير فيصح موصولا لا مفصولا
كما اذا قال في اخره ان شاء الله موصولا حيث لم يلزمه شيء وجواب الامام عنه ان
ذلك تعليق بصيغته فيكون بيانا لما قبله فلا يلزمه شيء لان اللزوم عليه من
حكم الارسال ومع صيغة التعليق لا يلزم حكم الارسال بخلاف ما نحن فيه فانه
ابطال والابطال رجوع عن الاقرار فلا يصح ولو موصولا قال في البزازية له علي
الف لكنه من ثمن خمر وقال المقر له بل ثمن بر فالمال لازم مع يمين الطالب وقال القول
للمقر مع يمينه كما في قوله عن ثمن ميتة ذكره الخصاف وذكر الناطفي على قياس قول
الامام في مسئلة الميتة يلزم المال كما في قوله من ثمن الخمر وقال الحلواني ما ذكره
الخصاف قولهما اما على قول الامام فالمال لازم فكانه ذهب عن الخصاف وعن الامام
في الميتة روايتان وعن ابي يوسف على الف حرام او باطل لزمه عند الامام على الف
من ثمن خمر وصدقه المدعي قال الامام يجب المال لان ثمن الخمر يمكن وجوبه على المسلم
عند توكيل الذمي بشراء الخمر وقالا لا يجب بناء على تلك المسئلة انتهى كلام البزازية
وفي المجمع لو اقر حربي اسلم باخذ المال من مسلم او كافر قبل اسلامه او اقر باتلاف خمر
بعد اسلام الكافر او اقر مسلم بمال حربي في دار الحرب او اقر المولى بقطع يد معتقه
قبل العتق فكذبوه في اسناد الافعال الى ما ذكره من الزمان افتى محمد بعدم الضمان
في كل من هذه الصور وقالا يضمن ولو قال له علي الف درهم من ثمن متاع او قال
اقرضني الف درهم مثلا وهي زيوف يقال زافت عليه دراهمه اذا صارت مردودة

مردودة عليه لغش فيها وقيل هي دون النبهرج لان الزيف ما يرده بيت المال
والنبهرج ما يرده التجار كذا في المغرب او نبهرجة في المغرب النبهرج الدراهم الذي
فضته ردية وعن الليث درهم مبهرج ولم اجده بالنون لزمه الجياد عند ابي ح
وصلا او فصلا وعنه ايضا في غير رواية الاصول انه يصدق في الزيوف اذا وصل
في القرض وقالا يلزمه ما قال ان وصل وعلى هذا الخلاف اذا قال الا انها زيوف
بكلمة الاستثناء وكذا اذا قال هي ستوقة او رصاص على ما في الهداية لكن ذكر
في العناية فيهما روايتان عن ابي يوسف في رواية عنه لا يصدق وان وصل
لهما انه بيان تغيير لان اسم الدراهم ينصرف الجياد ويحتمل الزيوف والنبهرجة
والستوقة ولو مجازا فيتوقف اول كلامه على اخره فاذا ذكرها اخرا كان بيانا
مغيرا فيصح موصولا كالشرط والاستثناء كما اذا قال الا انها وزن خمسة
ونقد البلد وزن سبعة ولابي ح ان هذا رجوع لان مطلق العقد تقتضي السلامة
عن العيب والزيافة ونحوها عيب فلم يكن داخلا تحت العقد ليكون دعواه
بيانا بل يكون رجوعا عن بعض موجبه كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشتري
سليما فان القول للمشتري لان مطلق العقد يقتضي السلامة بخلاف الا انها
وزن خمسة لانها يصح استثناء لكونه مقدارا بخلاف الجودة والزيافة ونحوها
فانها اوصاف فلا يجوز استثناؤها كالبناء في الدار فان قيل فاذا قال له علي
كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية يصح الاستثناء مع ان الرداءة وصف
كالجودة قلنا ممنوع بل الرداءة نوع في الحنطة وفي كل ما يكال ويوزن سوى
الدراهم والدنانير لا عيب وفي الدراهم عيب لان العيب ما يخلو عنه الفطرة
السليمة والحنطة قد يكون ردية في اصل الخلقة بخلاف الدراهم فاذا كانت
نوعا في الحنطة لم يكن من مقتضى مطلق العقد لانه لا دلالة له على نوع دون
نوع حتى لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يتبين انها جيدة او وسط او ردية
فليس في بيانه تغيير موجب اول كلامه فيصح موصولا ومفصولا وان قال علي

الف درهم زيوف ولم يبين الجهة قال بعض مشايخنا انه يصدق بالاجماع اذا
وصل وقال الكرخي انه على الخلاف ولا يصدق عند ابي ح مطلقا لان مطلق الاقرار
ينصرف الى العقود لتعيينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم فصار هذا وما بين
سببه تجارة سواء فيكون على الخلاف المذكور فيما بين سببه تجارة وان
قال له علي الف درهم من غصب او وديعة وهي زيوف او نبهرجة صدق وصل او
فصل لان الغصب والوديعة لا يختصان بالجياد لان الانسان يغصب ما يجد ويودع
ما يملك ولا تعامل لهما في الجياد فيكون بيان النوع لا بيان التغيير فيصح ولو مفصولا
ولو قال له علي الف درهم من غصب او وديعة وهي ستوقة او رصاص وان وصل صدق
والا فلا لان الستوقة وكذا الرصاص ليست من جنس الدراهم لكن كلامه يحتمل مجازا فيكون
بيان تغيير فيصح موصولا لا مفصولا ولو قال غصبته ثوبا وجاء بمعيب صدق لان الغصب
لا يختص بالسليم عن العيب كالوديعة وفي قاضيخان لو قال قد قبضت من فلان الف درهم
قال هي زيوف قبل قوله ولو قال هي ستوقة لا يقبل ولو قال علي الف من ثمن متاع او قرض
او غصب الا انه ينقص مائة صدق ان وصل لانه استثناء بمقدار معين فيصح موصولا
والا اي وان لم يصل لزم الالف لان الاستثناء لا يصح مفصولا ولو كان الفصل بسبب النفس
او دفع السعال فهو موصول لان ثمة ضرورة ولو قال اخذت منك الفا وديعة فهلكت
وقال المقر له اخذتها غصبا ضمن اي المقر لانه اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يوجب
البراءة وهو الاذن بالاخذ والاخر ينكره فكان القول قول المنكر مع يمينه ووجب الضمان على
المقر الا ان ينكل المنكر عن اليمين بخلاف ما اذا قال له بل اخذتها قرضا فانه يكون القول
فيه للمقر لانهما تصادقا على ان الاخذ كان بالاذن فلا يكون سببا للضمان على الاخذ
والمقر له يدعي عليه سبب الضمان وهو القرض والاخر ينكره فكان القول للمنكر مع يمينه
ولو قال المقر هي وديعة ثم قال هي زيوف تصدق كذا في قاضيخان ولو قال اي المقر بدلك
اخذت اعطيتني الفا وديعة وقال المقر له لا بل غصبتنيه لا يضمن لان المقر له ادعى
بسبب الضمان والاخر ينكره فالقول له مع يمينه ولو قال غصبت هذا الشيء من زيد لا بل

بل من عمرو فهو لزيد لصحة اقراره اولا وقوله بعد ذلك بل من عمرو رجوع منه
فلا يقبل لتعلق حق الاول وعليه قيمته لعمرو لصحة اقراره في حقه ايضا الا ان الشيء
الواحد لا يكون للاثنين فيكون العين للاول والقيمة للثاني ولو قال هذا كان لي وديعة
عندك فاخذته وقال الاخر هو لي دفع عينه ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا اليه
اي الى المقر له لانه اقر ان اليد للمخاطب والاخذ منه والسبيل في الاخذ الرد على المأخوذ
منه ما لم يصدق الاخذ او اقيمت البينة على المدعى وان قال اجرت فرسي او ثوبي هذا
فلانا فركبه او لبسه ورده علي او اعرته او اسكنته داري ثم ردها علي صدق
عند ابي ح وعندهما القول للمأخوذ منه ان لم يكن هذه الاشياء معروفا للمقر والا فالقول
له بالاتفاق لهما انه اقر باليد للمأخوذ منه ثم ادعى عليه الاستحقاق فيقبل اقراره دون دعواه
عليه فيجب عليه الرد وهو القياس وقول ابي ح استحسان لان اليد في الاجارة ثبت ضرورة استيفاء
المعقود عليه وهو المنافع فلا يكون اقرارا باليد ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بكذا درهم
ثم قبضته منه وادعاه اي الثوب الاخر فعلى هذا الخلاف في الصحيح فعند ابي ح القول
للمقر وعندهما للمأخوذ منه الثوب لما ذكرناه وقيل القول للمقر بالاجماع والصحيح هو الاول
ولو قال اقتضيت من فلان الفا كانت لي عليه او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر فلان فالقول له
اي للمنكر لان الديون تقضى بامثالها فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بانه ما قبض من فلان
ملكه وانه اخذه منه اقتضاء بحقه فيكون مضمونا عليه لاقراره بسبب وهو الاقرار بملك الغير
ثم ادعى عليه ما يبرؤه من الضمان والاخر ينكره فكان القول للمنكر ولو قال زرع فلان
هذا الزرع او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم لي استعنت به اي بفلان فيه وادعى
فلان ذلك اي الزرع والبناء والغرس لنفسه فالقول للمقر لانه لم يقر له باليد صريحا
او دلالة وانما اقر له بمجرد فعل منه وذلك ممكن من غير ثبوت يد فيه فلا تقبل دعواه
لنفسه فصار كما قال خاط لي هذا القميص فلان بدرهم ولم يقل قبضته منه فانه
لم يكن اقرارا له باليد هذا فيما اذا كان هذه الاشياء في يد المقر على ما صرح به في الزيلعي
واما اذا كان في يد المقر له فالقول قول المقر له كما صرح به في البزازية تتمة قال في قاضيخان

مطلب رجل قبضت من فلان الف ثم قال هي زيوف قبل قوله

رجل قال قد قبضت من فلان الفا ثم قال هي زيوف قبل قوله ولو قال هي ستوقة لا يقبل
وان مات المقر قبل ان يقول شيئا بعد اقراره فقال وارثه هي زيوف لا يصدق رجل قال
عندي الف درهم وديعة ثم قال هي زيوف صدق وان مات المقر قبل ان يقول شيئا فقال
وارثه هي زيوف لا يقبل قوله لانها صارت دينا بموته فلا يقبل قول الوارث وفي
المضاربة والوديعة والغصب اذا قال الوارث هي زيوف لا يقبل قوله ولو اقر
بعشرة افلس او قرض ثم قال هي كاسدة لا يصدق في قول ابي ح وقالا يصدق
في القرض اذا وصل وفي البيع لا يصدق في قول ابي يوسف وقال محمد يصدق ويلزمه
قيمة المبيع اذا كان هالكا وقال غصبت فلانا عشرة افلس او قال اودعني عشرة
افلس ثم قال هي كاسدة قبل قوله المسلم اليه اذا اقر بقبض راس مال السلم ثم
ادعى انه زيوف ان كان اقر بقبض حقه او باستيفاء الدراهم او بقبض راس
المال لا يقبل قوله انها كانت زيوفا وان كان اقر بقبض الدراهم ثم ادعى الزيافة
في القياس القول قول رب السلم والبينة على المسلم اليه وفي الاستحسان القول قول
المسلم اليه مع يمينه والبينة على رب السلم انه اعطاه الجياد ولو قال اسلمت
الي عشرة دراهم في كر حنطة وقال لم اقبضها وقال رب السلم لا بل قبضتها ان قال
المسلم اليه ذلك موصولا صدق قياسا واستحسانا وان فصل في الاستحسان
لا يصدق ويلزمه المسلم فيه وفي القياس صدق ولا يلزمه شيء انتهى واوضح منه
ما في البزازية فانه قال المسلم اليه اقر بقبض راس المال ثم ادعى الزيافة فعلى ستة
اوجه اقر بقبض الجياد او بقبض حقه او بقبض راس المال او باستيفاء الدراهم لا يسمع
دعواه الزيافة وان اقر بقبض الدراهم فالقول لرب السلم والبينة على المسلم اليه
قياسا وفي الاستحسان ان القول للمسلم اليه وعلى رب السلم البينة وان اقر بالقبض ولم
يزد فالقول للمسلم كما في قبضت الدراهم انتهى وفيها ايضا اقر لوارثه ثم مات واختلف
المقر له مع الورثة فقال كان في الصحة والورثة قالوا كان في المرض فالقول للورثة
وان برهنا فبينة المقر له اولى وان لم يكن له بينة فله ان يحلف الورثة ادعى

ادعى الاقرار في الصغر وانكره المقر له فالقول للمقر لاسناده الى حالة معهودة منافية
للضمان قال اخذته منك عارية وقال لا بل بيعا فالقول للآخذ لانكاره البيع وكذا لو قال
اخذت الدراهم منك وديعة وقال لا بل قرضا وقال في قاضيخان رجل اقر على نفسه
بمائة درهم واشهد شاهدين ثم اقر له بمائة درهم في موطن آخر واشهد شاهدين
فقال المقر هي مائة وقال الطالب هي مائتان قال الامام شمس الائمة الحلواني هذه مسئلة
ذكرها محمد في الاصل وذكرها الخصاف في ادب القاضي وزاد على ما ذكر في الاصل وجعلها
على وجوه وشوش والحاصل ان يقول هذه المسئلة على وجوه اما ان اضاف اقراره
الى السبب والسبب واحد او مختلف ولا يضيف الى سبب فان اضاف الى سبب بان قال له
علي الف درهم ثمن هذا العبد ثم اقر بعد ذلك المجلس او في مجلس آخر ان عليه
لفلان الف درهم ثمن هذا العبد والعبد واحد ففي هذا الوجه لا يلزمه الا
مال واحد على كل حال في قولهم جميعا وان كان السبب مختلفا بان قال لفلان
علي الف درهم ثمن هذا العبد ثم قال لفلان علي الف درهم ثمن هذه الجارية
وفي هذا الوجه يلزم المالان في قولهم سواء اقر بذلك في موطن واحد او في
موطنين وان لم يضف الاقرار الى سبب لكن عقد الى نفسه بالمال صكا فان كان
الصك واحدا كان المال واحدا عند الكل وان عقد على نفسه صكين كل صك
بالف درهم واشهد على ذلك لزم المالان على كل حال واختلاف الصك يكون
بمنزلة اختلاف السبب وان لم يعقد صكا ولكنه اقر مطلقا فان كان اقراره الاول
عند غير القاضي بحضرة شاهدين واقراره الثاني عند القاضي يلزمه مال
واحد وكذا لو اقر اولا عند القاضي بالف واثبت القاضي ذلك في ديوانه ثم اعاده
الى القاضي في مجلس آخر وادعى الطالب المالين والمطلوب يدعي انه مال واحد
كان القول قول المطلوب وتفصيله في قاضيخان فارجع اليه

باب اقرار المريض

اي بمرض الموت تكلموا في حده والمختار انه اذا كان الغالب منه الموت
كان مرض الموت سواء كان صاحب الفراش او لم يكن كذا في المضمرات وقال

في العادي والفضوليين المريض مرض الموت من لا يخرج الحوايج نفسه والمعتبر
في حق الفقيه انه لا يقدر على الخروج الى المسجد وفي حق السوقي انه لا يقدر على الخروج
الى الدكان وفي حق المرأة انه لا يقدر على الصعود على السطح المريض الذي به السل
فهبته وسائر تصرفاته كسائر المرضى ما لم يتطاول وفسر التطاول بسنة فلو
تصرف بعد سنة في مرض فهو كتصرفه حال الصحة .. دين صحته سواء كان ثبوته
باسباب معروفة او بالاقرار في الصحة بان قال المدعي ان لي عليه الف درهم مثلا وحتى
اقر به في صحته واثبت اقراره به في صحته يصح والا فلا يصح دعوى المال عينا او دينا
بناء على الاقرار المجرد وما اي دين لزمه في مرضه بسبب معروف مثل بدل ما ملكه
بالاستقراض او الاشتراء او الاستيجار او بالتزوج بمهر المثل او بدل ما استهلكه وكلها
عرف بالمعاينة لا بالاقرار سواء اي في الدرجة وهو خبر لقوله دين صحته وما لزمه
ويقدمان على ما اي على دين اقر به في مرضه وقال الشافعي دين الصحة ودين المرض
مطلقا اي بسبب معروف او باقرار في المرض سواء لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر
عن الاهل مضافا الى المحل وهي الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء تصرف المبايعة
والتزوج في مرضه والاقرار اخبار عن الواجب في الذمة ولا فرق في ذلك بين صحة المقر
ومرضه ولنا ان الاقرار غير معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض قد
تضمن ابطال حق غرماء الصحة ولهذا منع من التبرعات والمحاباة اصلا اذا احاطت
الديون بماله وعن الزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه دين فافترق بين صحته ومرضه
فانه لا يمنع في صحته عن التبرع والمحاباة والتزوج بمهر المثل من الحوايج الاصلية
في اصل الوضع فلا يمنع عنه مطلقا كالصرف في ثمن الادوية والاغذية واجرة
الطبيب حتى لو تزوج بالزيادة على مهر المثل فالزيادة باطلة والنكاح صحيح والمبايعة
بمثل القيمة لا يبطل بها حق الغرماء لان حقهم يتعلق بالمالية لا بالصورة كالمبايعة
والمالية باقية فان قيل لو تعلق حقهم بمال المديون لزم بطلان اقراره بالدين حال
الصحة لتضمنه ابطال حق الغرماء قلنا في حال الصحة لا يتعلق بالمال لقدرته على

الاكتساب فتحقق التمييز بخلاف حالة المرض لانها حالة عجز عن الاكتساب المثمر
فيتعلق حقهم بالمال حذرا عن التوى فان قيل سلمنا ذلك لكن اذا اقر في المرض ثانيا
وجب ان لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح في حق غرماء الصحة كذلك
اجيب عنه بان حالتي المرض حالة واحدة بعد اتصال الموت به لانه حالة الحجر فكانا بمنزلة
اقرار واحد كحالتي الصحة فيعتبر الاقراران جميعا بخلاف حالتي الصحة والمرض لان
الاولى حال اطلاق وهذه حالة حجر فيفترقان فيمنع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن
اقراره في حالة المرض ولا يمنع الاقرار في اول المرض عن الاقرار في آخره والكل اي كل من دين
الصحة ودين المرض سواء كان باسباب معروفة او بالاقرار مقدم على الارث لتقدم
سببها على سبب الارث لان الوارث يستحق المال بالنسب والموت جميعا فيضاف
الاستحقاق الى آخرهما وجودا وهو الموت واما الدين فانما يجب باسباب متقدمة
على الموت ولا يصح تخصيصه اي المريض لان تخصيص الصحيح بعض غرمائه بقضاء دينه
صحيح على ما في شرح النقاية نقلا عن النهاية غريما من غرمائه سواء كان غرماء الصحة
او غرماء المرض بقضاء دينه لان فيه ابطال حق باقي الغرماء الا اذا قضى ما استقرض
في مرضه او نقد ثمن ما اشترى فيه بمثل قيمته وقد علم ذلك بالمعاينة او بالبينة اذ ليس
فيه ابطال حق الباقين بل انما حول حقهم من محل اخرجه عن ملكه الى محل آخر يعدله
فصار كالورد عين ما استقرض الى المقرض او رد المبيع بعيب الى البايع والاخراج
عن ملكه بما يعادله لا يعد اخراجا بخلاف ما لو تزوج امرأة واعطاها مهرها حيث
يكون لهم ان شاركوا المرأة فيما قبضت وكذا لو استأجر عينا او في اجرتها لانه اخرج
عن ملكه من غير بدل يعادله مما يتعلق به حق الغرماء لان المنافع لا تتعلق حقهم
بها فان قيل قد ثبت ان الاقرار بالوارث صحيح في المرض وقد تضمن ذلك ابطال
حق بقية الورثة خصوصا اذا كان المقر له بالنسب ممن يحجب غيره فينبغي ان يجوز
تخصيصه في المرض غريما بقضاء دينه وان كان فيه ابطال حق بقية الغرماء والجواب
عنه ان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا والاستحقاق يضاف الى آخرهما

مطلب لا يصح اقرار المريض لوارثه وللاجنبي يصح

وجودا فيضاف الى الموت فليس في اقراره بالدين ابطال حق بقية الورثة لان استحقاقهم
المال ليس مضافا الى اقراره بالنسبة. ولا يصح اقراره مريض بعين او بدين او بقبض دين
او بابراء من الدين لوارثه لما رواه الدارقطني مرفوعا انه لا وصية لوارث ولا اقرار
له بدين ولان فيه ايثار بعض الورثة بماله بعدما تعلق به حقهم فلا يجوز لما فيه من
ابطال حقهم كالوصية الا ان يصدقه بقية الورثة او الغرماء لان الحجر كان لهم فاذا
صدقوه فقد اقروه بتقدمه عليهم حصرا لاستثناء بصورة التصديق وينبغي ان
يستثنى كونه محجورا عن الارث لما في الفتاوى اقر لوارث بدين ثم صار محجوبا بان
اقر لاخيه بدين ثم ولد له ابن صح اقراره لان المنظور وقت الموت لا وقت الاقرار ولابد
ان يستثنى ثلث مسائل ايضا لما في الاشباه فانه قال اقرار المريض للوارث موقوف
على الاجازة الا في ثلث لو اقر باتلاف وديعته المعروفة او اقر بقبض ما كان عنده
وديعة او بقبض ما قبضه الوارث بالوكالة من مديونه انتهى وكذا اذا لو كان
له دين على وارثه فاقر بقبضه لا يصح الا ان يصدقه البقية وهل يعتبر تصديقهم
في حياة المريض او لا يعتبر بل لابد من التصديق بعد موته ففي احكام المريض من العمادية
لابد من تصديق الورثة في حياة المريض المقر او بعد موته واما وصيته للوارث وبما
زاد على الثلث فلابد من تصديقهم بعد موته ولا يعتبر تصديقهم قبل موته حتى
لو اجازوها قبل موت الموصي كان لهم الرجوع بعد موته كما صرح به في وصايا قاضيخان
وقال الشافعي يصح اقراره له بدين والحجة عليه ما روينا وذكرنا وان اقر بدين لاجنبي صح
استحسانا لما روي عن ابن عمر اذا اقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان احاط
بماله ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية فلا يمنع عنه ولو وصلية احاط الدين
بماله لما روينا وذكرناه والقياس عدم جوازه فيما زاد على الثلث الا انا استحسناه
لما رويناه قال في العمادي والفصولين المريض اذا اقر لوارثه لا يجوز حكاية ولا ابتداء
واقراره للاجنبي يجوز حكاية من جميع المال وابتداء من ثلث المال وفي هذين الكتابين
ايضا المريض لو اقر بدين ثم بوديعة بعينها خاصا فهما دينان ولا تقدم الوديعة

الوديعة ولو اقر بوديعة ثم بدين يبدأ بالوديعة ولو اقر بوديعة الف درهم لرجل
ثم مات ولا تعرف بعينها فهو دين في تركته كدين المرض اذا هلك الوديعة بموته مجهلا
فهو كالاقرار بدين سواء وفي كل موضع عرف عين في يد المريض انه لغيره بشهادة او
معاينة ترد عليه لانه احق بماله مريض اقر بلقطة ولا مال سواه وكذبه وارثه قال
محمد لا يصدق فيورث كله وقال ابو يوسف هو من الثلث ولو اقر بارض بيده انها
وقف فهو على ثلاثة اوجه لو اقر انه وقفها يعتبر من ثلثه كما لو اقر بعتق قنه
ولو اقر انه وقفها غيره فلو صدقه الغير او وارثه بعد موته جاز في الكل ولو اقر به
مطلقا فهو من الثلث ثم قال مريض اقر لوارثه بدين لم يجز ولو بوديعة مستهلكة
يجوز صورتها اذا اودع الرجل اباه الف درهم في مرض الموت او في صحته بمعاينة
الشهود فلما حضره الموت اقر باستهلاكه صدق على ذلك لانه لو سكت حين
يموت ولا يدري ما صنع بالوديعة كانت دينا في ماله فاذا اقر باستهلاكه كان اولى
ولو اقر ولا بهلاكها في يده واراد الوارث استحلافه فنكل عن اليمين ومات
لم يكن للوارث في ماله شيء وهل يصح اقرار المريض باستيفاء الدين من مديونه
ففي العمادي والفصولين ايضا الاصل فيه ان المريض مرض الموت اذا اقر بانه استوفى
الدين من غريمه فان كان الدين وجب له على الاجنبي في حال الصحة فاقراره باستيفائه
جائز وان كان عليه دين معروف سواء وجب الدين الذي اقر باستيفائه بدلا عما
هو مال كالثمن او وجب بدلا عما ليس بمال كبدل الصلح عن دم عمدا والمهر ونحوه
وان كان الذي اقر باستيفائه وجب له على الاجنبي في مرض الموت وعليه دين معروف
او دين وجب في المرض بمعاينة الشهود ان كان الذي اقر باستيفائه بدلا عما هو
مال كالثمن ونحوه لا يصح اقراره بالاستيفاء وان كان دينا بدلا عما ليس بمال كبدل الصلح
عن دم العمد ونحوه فان اقراره بالاستيفاء جائز وان كان عليه دين معروف
انتهى وهل يصح اقرار المريضة باستيفائها مهرها من زوجها ففي العمادية المريضة
اذا اقرت باستيفاء مهرها فان ماتت وهي منكوحته او معتدته لا يصح اقرارها

مطلب اقرار المريضة باستيفاء مهرها من زوجها لا يصح

فان كانت غير منكوحة ولا معتدة بان طلقها قبل الدخول لا يصح انتهى وهكذا افتى
به مشايخ الاسلام وبه افتيت وهل يصح اقراره بالابراء ففي العمادي ايضا ابراء
المريض وارثه من دين له عليه اصلا او كفالة باطل وكذلك اقراره باستيفائه
او احتيال له به على غيره وابراؤه للاجنبي من دين له عليه جائز الا ان يكون الوارث كفيلا
عنه فلا يجوز لانه يبرأ ببراءته وان كان هذا الكفيل عن الوارث جاز ابراؤه
اياه من الثلث ولم يجز اقراره باستيفاء شيء منه لان فيه براءة الكفيل هكذا ذكره
عن الجامع ثم قال لو اقر المريض انه كان ابرأ فلانا من الدين الذي له عليه في صحته
لم يجز لانه لا يملك انشاء البراءة في الحال فكذلك لا يملك الاسناد الى زمان متقدم
بخلاف الاقرار بالقبض لانه يملك الانشاء فيملك الاقرار به هكذا ذكره نقلا عن الايضاح
واعترض عليه بان اقرار المريض للوارث لا يجوز لا حكاية ولا ابتداء واقراره للاجنبي
يجوز حكاية من جميع المال وابتداء من ثلثه وان اقر لاجنبي ثم اقر انه ابنه ثبت
نسبه اي من المقر وبطل اقراره الاول لان النسب يستند الى حالة العلوق فتبين
ان البنوة كانت حالة الاقرار بالمال فلا يجوز لانه للوارث وان اقر لاجنبية ثم
تزوجها لا يبطل اقراره فان الزوجية حادثة مقتصرة على زمان التزوج فتبين
ان اقراره لاجنبية لا للوارث فصح وقال زفر يبطل اقراره لها لانها وارثته بعد الموت
وان لم تكن وارثته عند الاقرار فحصلت التهمة وهي المعتبرة في الباب كما في الوصية
والهبة لها وهي اجنبية على ما اشار اليه بقوله ولو اوصى لها اي لاجنبية ثم
تزوجها بطلت وصيته ولو وهبها ثم تزوجها فلا الرجوع وفي بعض النسخ
فلا رجوع وهو من طغيان القلم اذ لا وجه له اصلا والاصل ههنا ان المقر له اما
ان لا يكون وارثا للمريض المقر او يكون وارثا له والوارث اما ان يكون وراثته
مستمرة من حين الاقرار الى الموت او لا يكون مستمرة وغير المستمر اما ان يكون
وارثا حالة الاقرار غير وارث حالة الموت لحجب او لغيره او بالعكس منه اي وارث حالة
الموت غير وارث حالة الاقرار لحجب او لغيره او يكون وارثا حالة الاقرار والموت معا

معا غير وارث بينهما والذي يكون لغير الحجب اما ان يكون سبب الارث مما يستند الى وقت
العلوق او لا فهذه ثمانية اوجه ففيما لم يكن وارثا اصلا صح اقراره بالاجماع وفيما
يكون وارثا مستمرا لا يصح بالاجماع وفيما كان وارثا حالة الاقرار دون الموت فان كان
الانتفاء لحجب كما اذا اقر لاخيه وهو وارث حالة الاقرار ثم ولد له ولد او اسلم ولده
الكافر او اعتق الرقيق صح الاقرار بالاتفاق وان كان لغيره كما اذا طلق زوجته
في مرضه ثلاثا بامرها وقد اقر لها بدين فلها الاقل من الدين والميراث لوجود تهمة
الايثار بقيام العدة ولا تهمة في الاقل فثبت وفيما كان وارثا حالة الموت
دون الاقرار فان كان بحجب كما اذا اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن بطل اقراره
خلافا لزفر وان كان لغيره وقد استند السبب كما اذا اقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى
نسبه ثبت نسبه منه وبطل اقراره وان لم يستند كما اذا اقر لاجنبية ثم
تزوجها لم يبطل وفيما كان وارثا في الحالين دون الوسط كما اذا اقر لزوجته
ثم ابانها ثم تزوجها بعد مضي العدة ومات بطل الاقرار عند ابي يوسف
وجاز عند محمد وهو القياس لانها ترث بسبب حادث بعد الاقرار فلا يؤثر فيما
قبله ووجه ابي يوسف وهو الاستحسان ان الاقرار لوارث باطل لتهمة
الايثار فاذا وجد سبب الوراثة عند الاقرار وحدث التهمة فالعقد المتجدد
قائم مقام الاول في تقرير صفة الوراثة عند الاقرار لان التهمة لم تكن متقررة
لاحتمال زوال النكاح فلا يصح الاقرار كذا في العناية قال في الفصولين اقر لابنه
وهو قن ثم عتق فمات الاب جاز اقراره لانه للمولى لا للقن بخلاف الوصية
لابنه وهو قن ثم عتق فانها تبطل لانها للابن ولما فرغ من الاقرار بالدين
والمال شرع في بيان الاقرار بالنسب فقال وان اقر بغلام مجهول النسب
قيده به لانه لو كان معروف النسب من شخص بطل اقراره لامتناع ثبوته من
غيره واشار بقوله بغلام الى بيان الاقرار بالولد ولو اختلفا في انه مجهول
النسب او معروف النسب ولا بينة لاحدهما يحتمل ان يكون القول للمقر له ويحتمل

ان يكون للمقر كما في الفصولين وقد ذكرناه من قبل ولصحة هذا الاقرار ثلاث شرائط
الاول هذا اعني ان لا يكون ثابت النسب من الغير بل يكون مجهول النسب والثاني ما ذكره
بقوله يولد مثله لمثله لانه لو لم يكن كذلك لكان الظاهر مكذبا له انه ابنه
لاقراره بالغلام والثالث ما ذكره بقوله وصدقه الغلام وبني اشتغال الى ان الغلام
غلام يعبر عن نفسه لانه في يد نفسه فيعتبر تصديقه بخلاف الصغير الذي
لا يعبر عن نفسه على ما تقدم في دعوى النسب ثبت نسبه منه اي من المقر يصير
ابنا له ولو ادعى احد بعده انه ابن لغير المقر لا يصح دعواه الا ان اثبت احد انه
كان معروف النسب في مولده وقت اقرار المقر فانه يصح دفعا لاقرار المقر كما في
الفصولين فانه قال ولو جهل نسبه فبرهن انه ابنه يقبل فلو برهن المقر له
بعده انك ابن فلان الاخر يقبل في دفع برهان الابن لا في اثبات نسبه من فلان
الاخر لانه ليس بخصم عنه ولو وصلية كان المقر مريضا اذ ليس فيه تهمة لان النسب
من الحوائج الاصلية وهو يلزمه خاصة وليس فيه تحميله على الغير فثبت منه
ولو مريضا فان قيل وان لم يكن فيه تحميل النسب على الغير لكنه تضمن ابطال
حق بقية الورثة فكيف يصح من المريض قلنا ان استحقاق الورثة المال بالنسب
والموت جميعا فالاستحقاق يضاف الى اخرهما وجودا وهو الموت لا الى النسب
فلا يضر ثبوته من المريض باقراره اياه ويشارك الورثة الباقية لانه صار
كالوارث المعروف وصح اقرار الرجل لان اقرار المرأة سيأتي ذكره مصرحا بالوالدين
اي الاب والام والولد والزوجة والمولى اي مولى العتاقة سواء كان اعلى او
اسفل وسواء كان اقراره بهؤلاء في صحته او في مرضه لانه بما يلزمه وليس فيه
تحميل النسب على الغير فتحقق المقتضي وانتفى المانع فوجب القول بجوازه
وجميع هؤلاء على ما ذكره صاحب الهداية وقال في النهاية ان ما ذكره صاحب الهداية
موافق لرواية تحفة الفقهاء والامام سراج الدين لكنه مخالف لما ذكر في المبسوط
والايضاح والجامع الصغير للمحبوبي ان اقرار الرجل يصح باربعة نفر بالاب والابن

مطلب صح اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى

والابن والمرأة ومولى العتاقة ثم قال والله اعلم بصحة ما ذكره صاحب الهداية ترجيحا
لما في المبسوط والايضاح ولا يخفى عليك صحته لان الدليل المذكور كما يدل على صحة اقراره
بالاب كذلك يدل على صحة اقراره بالام ايضا بلا فرق فالفرق تحكم كذا في العناية
والاقرار بمولى الموالاة مثل الاقرار بمولى العتاقة على ما في المحيط والبزازية قال
في اخر كتاب الاقرار من الخلاصة نقلا عن مختصر القدوري اقرار الرجل يصح باربعة
واقرار المرأة يصح بثلاثة اما اقرار الرجل فيصح بالابن والاب والزوجة ومولى
العتاقة والمعنى من الصحة وعدم الصحة ما ذكر في فرائض الاصل يعني ان في
الاربعة يرث المقر له مع الوارث المعروف ويشاركه في الميراث وفيما وراء
الاربعة لا يرث مع الوارث المعروف اما الاقرار فصحيح في نفسه حتى لو لم يبق له
وارث كان الميراث له لا لبيت المال انتهى وشرط في صحة الاقرار بهؤلاء تصديق
هؤلاء لانهم في ايدي انفسهم فيعتبر تصديقهم لكن شرط في صحة تصديق
المرأة خلوها عن زوج اخر وعدته وان لا يكون اختها تحت المقر ولا اربع سواها
على ما في العناية وفي صحة تصديق الوالدين ان يولد مثله لمثله وان ليس للمقر
اب وام معروفين وفي صحة تصديق المولى ان لا يكون للمقر مولى معروفا وهل
يثبت هذه الامور اعني الابوة والامومة والبنوة والبنتية والزوجية وولاء
العتاقة والموالاة بالبينة عند عدم تصديق هؤلاء وانكارهم ففي المحيط
السرخسي ان ادعى رجل على رجل انه ابنه والاب ينكر فاقام المدعي بينة
على دعواه قبلت بينته ادعى مع ذلك مالا او لم يدع لان هذه بينة قامت
على خصم لانه يدعي عليه فعلا وهو ايلاده ويحكم بنسبه عليه ولهذا لو
اقر المدعى عليه بذلك يصح اقراره وكذلك لو ادعى على رجل انه ابوه والابن
منكر فاقام المدعي بينة على دعواه قبلت بينته ادعى مع ذلك مالا او لم يدع
لان هذه بينة قامت على خصم ايضا ولهذا لو اقر المدعى عليه بذلك صح اقراره
وكذلك لو ادعى على امرأة نكاحا وهي تنكر او ادعت امرأة على رجل نكاحا وهو

مطلب لو ادعى على امرأة نكاحا وهي تنكر او ادعت امرأة على رجل

ينكر واقام المدعي بيّنة على دعواه قبلت بيّنته لانها قامت على خصم لانه يدّعي عليه
عقدا باشره ونولاه ولان الزوج يدعي عليه الملك وهي تدعي على الزوج المهر والنفقة
وثبوت حق المطالبة بالجماع ولهذا لو اقر المدعى عليه بذلك صح اقراره ايضا فتقبل
بينة المدعي ولو ادعى رجل على رجل انه مولاه عتاقة من فوق او اسفل وادّعى انه
مولاه من موالاة والمدعى عليه ينكر فاقام المدعي بيّنة قبلت لانها قامت على خصم
وان لم يدع عليه مالا ولهذا لو اقر المدعى عليه بذلك صح اقراره ايضا انتهى فقد حكم
بان هذه المعاني تثبت بالبينة من المدعي عند عدم تصديق المدعى عليها اعني المقر له
وان المدعى عليه ولو ادعى تصديق المدعى عليه يصدق استحسانا انتهى ثم قال
فيها ايضا ادعى انه ابوه لا يصدق الا بتصديق المدعى عليه او شهادة رجلين
او رجل وامرأتين وكذا اذا ادعى انه ابنه ان كان يعبّر عن نفسه والا يتم بدعواه
استحسانا انتهى والحاصل ان الاقرار بهذه المعاني صحيح وان لم يدع مالا وانها
تثبت بالاقرار بها مع تصديق المقر له وباثبات المدعي باقامة البينة على هذه
المعاني نفسها او على اقرار المدعى عليه بهذه المعاني على ما هو الظاهر مما نقلناه
من المحيط لان الاقرار بها كان صحيحا فالبينة القائمة على الاقرار ممن يصح الاقرار
منه يصح ايضا لكن ذكر في فتاواى شيخ الاسلام الانقروي نقلا عن النصاب ما يدل
على ان البينة القائمة على اقرار المدعى عليه بالمولى لا يصح حيث قال ولو شهدوا
ان زيدا اقر ان المدعي اخوه او ابن اخيه او ابن اخته او مولاه فليس بشيء حتى
يبينوا بخلاف ما لو شهدوا انه اقر انه ابن خاله او ابن عمه فان الغالب في هذا النسب
فيورث منه اذا لم يكن له وارث معروف غيره انتهى وهكذا ذكره في المحيط السرخسي
نقلا عن المنتقى فالظاهر منه انه لو ادّعى رجل على رجل انه اخوه او ابن اخيه او ابن
اخته او مولاه عتاقة او موالاة وانكر المدعى عليه ذلك واقام المدعي بيّنته على
اقرار المدعى عليه بذلك لا تقبل بيّنته ويلزمه عدم صحّة اقراره بالمولى كما لا يصح
اقراره بالاخوة وابن الاخ والاخت بخلاف ابن الخال وابن العم حيث يصح الاقرار بهما

بهما ولذا البينة القائمة على اقرارهما وكذا اي صحّ اقرار المرأة بالاب والام والولد
والزوج ومولى العتاقة والموالاة لانها اقرت بما يلزمها وليس فيه تحميل النسب
على الغير فتحقق المقتضي وانتفى المانع فوجب القول بصحته وفي المبسوط وجامع
الفصولين انما يصح اقرار المرأة بثلاث نفر بالاب والزوج ومولى العتاقة والام فيه
كما ذكرناه في اقرار الرجل من صحة الاقرار بالام ايضا فان قيل كيف يصح اقرار المرأة
بالولد مع ان فيه اقرارا على الغير اعني الزوج فاجاب بقوله لكن يشترط في اقرارها بالولد
تصديق الزوج ايضاً اي كما شرط تصديق الولد وذلك لان فيه تحميل النسب
على الزوج لان النسب منه لا منها كما قال الله تعالى ادعوهم لآبائهم فلا تقبل ما لم
يصدقها الزوج لان الحق له فيعتبر تصديقه او اقامت المرأة البينة عند عدم تصديقه
فتقبل لما في المحيط او ادّعت امراة على رجل نكاحا وهو ينكر فاقامت المرأة بينة تقبل
على ما نقلناه انفا او شهادة قابلة لان الفرض ان الفراش قائم فيحتاج الى تعيين
الولد وشهادتها مقبولة في ذلك على ما مرّ في الطلاق وصح تصديقهم اي تصديق
هؤلاء المذكورين بعد موت المقر اي بالنسب لان النسب مما يبقى بعد الموت فصح
تصديقهم الا تصديق الزوج زوجته المقرة بالزوجية بعد موتها لان النكاح
انقطع بالموت ولا عدة عليه حتى يصح تصديقه باعتبارها ولهذا جاز له نكاح اخت
امراته المتوفاة عقيب موتها فان قيل ان الارث موجود بعد موتها وان لم تكن
العدة عليه موجودة فلم لا يجوز بقاء النكاح باعتبار الارث ويعتبر تصديقه
بعد موتها قلنا ان الارث وان كان موجودا بعد موتها لكنه معدوم وقت
الاقرار والتصديق يستند الى وقت الاقرار فلا يجوز اعتباره باعتبار الارث
بخلاف تصديق الزوجة بالزوج بعد موت الزوج المقر بالزوجية لان حكم النكاح
باق وهو العدة فانها واجبة عليها بعد موت زوجها وهي من آثار النكاح الا ترى
انها تغسل زوجها بعد موته عند عدم من يغسله من الرجال لقيام حكم النكاح
فيعتبر تصديقها بعد موته بالاتفاق وهذا عند ابي ح وعندهما يصح ايضا

اي يصح تصديق الزوج بعد موت الزوجة كتصديق الزوجة زوجها بعد موت الزوج
لان الارث من احكام النكاح وهو مما يبقى بعد النكاح كالعدة والجواب عنه ان العدة لازمة
للموت عن نكاح بالاجماع فيصير النكاح قائما باعتبارها واما الارث فليس بلازم له لجواز
ان يكون المراة كتابية فلم يعتبر النكاح قائما باعتباره وان اقر بنسب غير الولاد كاخ
وعم وجد وابن ابن وابن بنت وخال وخالة وعمة واخت وابن اخت وعم وابن عم
لا يثبت نسبه منه لان فيه حمل النسب على الغير فلا يجوز الا في حق نفسه حتى يلزمه
نفقة المقر له وحضانته والارث اذا تصادق عليه واليه اشار بقوله ويرثه اي المقر له
من المقر ان لم يكن له اي للمقر وارث معروف ولو وصلية بعيدا يعني ان من اقر بالنسب
غير الولاد لا يقبل اقراره في حق النسب حتى لا يثبت نسب المقر له واما في حق الارث
فاما ان يكون له وارث معروف قريب كذوي الفروض والعصبات مطلقا او بعيد
كذوي الارحام ومولى الموالات او لا يكون فان كان فهو اولى بالميراث من المقر له لانه
لما لم يثبت نسبه منه لم يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن استحق المقر له
ميراثه لانه اقر بشيئين احدهما النسب والاخر استحقاق المقر له ماله بعده والاول
غير مسموع لما ذكرناه والثاني مسموع لان له التصرف في مال نفسه عند عدم الغريم
والوارث حتى لو اوصى بجميع ماله استحق الموصى له جميعه فكذا له ان يجعل جميعه
لهذا المقر له لانه وصية من وجه حتى كان للمقر ان يرجع عن اقراره لان نسبه لم
يثبت فلا يلزمه كالوصية ووارث من وجه حتى لو اوصى لغيره باكثر من الثلث
لا ينفذ الا باجازة هذا المقر له ما دام المقر على اقراره فصار كانه وارث حقيقة
اعلم ان النسب على نوعين نوع يثبت بالاقرار كالابوة والبنوة وكذلك الزوجية والولاء
على ما تقدم ونوع لا يثبت بالاقرار كالاخوة والعمومة وابن الابن وابن البنت
وابن العم والخال والخالة والجدية والمدعى عليه في النوع الاول خصم شرعي للمدعي
بلا دعوى حق لنفسه من الارث والنفقة ولا يضر التناقض في هذا النوع لانه عفو
ولا يصح نفيه بعد اقراره حتى لو قال لغلام مجهول النسب هذا ابني ثبت نسبه منه

منه ثم قال ليس بابني لا يصح نفيه لان النسب ثبت باقراره ثم لا ينتفي بنفيه
لتعلق حقا لمقر له ولو قال ليس بابني ثم قال هو ابني يصح لكون التناقض عفوا فيه
ولو انكر الغلام ذلك واقام المدعي بينة تقبل بلا دعوى الحق لنفسه بخلاف النوع
الثاني فانه لا يثبت بمجرد اقراره بل لا بد من دعوى حق لنفسه من الارث والنفقة
حتى لو اقام بينة على المدعى عليه عند انكاره لا تقبل لان المدعى عليه في هذا النوع ليس
بخصم له في اثبات النسب لما فيه من تحميل النسب على الغير الا ان يدعي لنفسه حقا
فح يكون خصما له وتقبل بينته عليه ويثبت ما ادعاه من الحق ويثبت النسب ايضا ضمنا
والتناقض ليس بعفو في هذا النوع لانه في قوة دعوى المال حتى لو قال هذا ليس باخي
او عمي او ابن ابني او ابن اخي او ابن عمي او خالي او عمتي او خالتي ثم قال هذا اخي او عمي
او ابن ابني او ابن عمي الى غير ذلك لا يسمع ولا تقبل بينته للتناقض بخلاف ما لو قال انا
لست بوارث له ثم ادعى انه وارثه وبين الجهة بانه اخوه او عمه ونحوهما يصح وهذا
التناقض لا يضر ولا يمنع صحة الدعوى لان نفيه مطلق عن بيان الجهة ودعواه مقيد
ببيان الجهة فلا تناقض بينهما في الحقيقة ولهذا قال في والفصولين لو قال
انا لست بوارث له ثم ادعى انه وارثه وبين الجهة يصح والتناقض في النسب لا يمنع صحة
الدعوى انتهى يعني مرادهما بالتناقض ههنا هو التناقض بين النفي المطلق والدعوى
المقيد واما التناقض بين النفي المطلق بجهة من جهات النسب وبين الدعوى المقيد بتلك
الجهة التي نفاه فليس بعفو بل هو معتبر مطلقا في النوع الثاني من نوعي النسب كما في دعوى
المال وبيان هذا يتوقف على اربع مقدمات الاولى ان البينة اذا قامت على خصم حاضر حقيقة
او حكما تقبل والا فلا الثانية ان من ادعى على اخر دعوى واقام بينة فان كان المدعى عليه
ممن يصح اقراره للمدعي بما وقع فيه الدعوى يسمع دعواه وتقبل بينته لانها قامت
على خصم حاضر لان كل من يصح اقراره للمدعي بما وقع فيه الدعوى يصير خصما له وان كان
ممن لا يصح اقراره له بذلك فان كان المدعى عليه ممن يتصور منه اثبات سبب ما وقع
فيه الدعوى تقبل البينة كمن ادعى رجل على امراة انه ابنها وانكرت واقام الرجل بينة

قبلت حتى اذا كان لها زوج يثبت نسبه منه ولو حضر الزوج بعده وانكر كون المدعى
ابنا له لا ينفعه انكاره لان البينة قامت على خصم حاضر لان المراة وان لم يصح اقرارها
للمدعى بالولد في حق الزوج لكونه اقرارا وحملا للنسب على الغير لكن يتصور منها ما هو سبب
ثبوت النبوة وهو الولادة فان ولادتها يكون سببا لثبوت نسب الولد منها كما في ولد
الملاعنة والزنا فكان المدعى عليها انها ولدته فكانت خصما له فتقبل بينته وان كان في
المدعى عليه ممن لا يتصور منه اثبات سبب ما وقع فيه الدعوى فلا تقبل البينة عليه كما في دعوى
الاخوة والعمومة وبنوة الابن والاخ والعم ونحوها فان المدعى عليه فيها لا يصح اقراره
للمدعى لكونه اقرارا للنسب على الغير وليس ممن يتصور منه اثبات سبب ما وقع فيه
الدعوى فلا تقبل البينة عليه ايضا الا ان يدعي معها حقا لنفسه فيصح الاقرار وتقبل
البينة الثالثة ان الاقرار على الغير لا يصح وعلى نفسه يصح الرابعة ان كل ما يجري فيه الخفاء
فالتناقض فيه عفو وما لا فلا اذا عرفت هذه المقدمات فاعلم انه اذا ادعى رجل على
رجل انه ابنه او ابوه فان اقر المدعى عليه بذلك وصدقه يصح اقراره لانه اقرار على نفسه
فيصح بناء على المقدمة الثالثة وان انكر واقام المدعي البينة قبلت بينته ادعى مع ذلك
حقا لنفسه او لم يدع لانها قامت على خصم حاضر اما على المقدمة الاولى فلان المدعى يدعي عليه
فعلا وهو ايلاده فيصح خصما له واما على المقدمة الثانية فلان المدعى عليه ممن يصح اقراره
للمدعى بما وقع فيه الدعوى وهو الابوة والبنوة لانه اقرار على نفسه فيصلح خصما له
وكذا الحال في دعوى الزوجية من الرجل والمراة في صحة الاقرار بها وقبول البينة بلا دعوى
حق وكذا دعوى ولاء العتاقة او الموالاة بخلاف دعوى الاخوة فانه لو ادعى على رجل
انه اخوه فان ادعى اخوه مجردة لا يصح الاقرار بها لكونه اقرارا على الغير في الاب ولا تقبل
البينة عليها ايضا لعدم قيامها على خصم حاضر اما على المقدمة الاولى فلان الحاضر لا يصلح
خصما له في اثبات الاخوة وانما الخصم له هو الاب وهو غائب لان نسب احد الاخوين
لا يثبت من الاخر لعدم الاولوية بل ثبت من الاب واما على المقدمة الثانية فلان المدعى
عليه الحاضر ممن لا يصح اقراره للمدعي بالاخوة لكونه اقرارا على الغير فلا يكون خصما له

له وان ادعى مع الاخوة حقا لنفسه من الارث او النفقة تسمع دعواه وتقبل بينته اما
على المقدمة الاولى فلان المدعى عليه يصلح خصما له فيما يدعيه لنفسه من الحق فيصلح
خصما له في دعوى الاخوة ايضا لانما يدعيه لنفسه من الحق لا يتوصل اليه الا باثبات
النسب من الابوين فانتصب الحاضر خصما عن الغائب في اثبات النسب فتقبل البينة ويصير الغائب
مقضيا عليه ايضا بهذه البينة حتى لو حضر بعد ذلك وانكر كون المدعي ابنه لا ينفعه
انكاره بل يثبت نسبه منه كما اذا ادعى دارا في يد رجل انها ملكه اشتراها من فلان
الغائب المالك لها وانكر ذو اليد فاقام المدعي بينة قبلت بينته ويكون ذلك قضاء
على الحاضر والغائب معا حتى لا يحتاج الى اعادة البينة عند حضور الغائب واما على المقدمة
الثانية فلان المدعى عليه ممن يصح اقراره للمدعي بما وقع فيه الدعوى فيكون خصما له
فتقبل البينة عليه وكذا الحال فيما اذا ادعى على آخر انه عمه او ابن عمه او خاله او ابن
خاله ونحوها ومن مات ابوه فاقر باخ يشاركه في الارث ان صدقه المقر له والا فلا
ولا يثبت نسبه منه لما تقدم من ان فيه حملا للنسب واقرارا به على الغير فلا يقبل
بخلاف اقراره بالمال حيث يقبل ويلزمه المال فانه اقرار على نفسه فيقبل فيشاركه
ما في يده كمشتر اقر على البايع انه اعتق العبد المشترى قبل البيع فانه لم يقبل في حق
البايع حتى لا يرجع عليه بالثمن ويقبل في حق نفسه حتى يعتق العبد عليه فاذا قبل اقراره
في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر مطلقا عندنا خلافا لابن ابي ليلى ومالك
فيما اذا كان المقر احد الابنين واقر باخ ثالث وانكره الاخر فانهما يقولان يعطى للمقر له
ثلث ما في يده لان المقر اقر له بثلث شايع في النصفين فنفذ في حصته وبطل في حصة
الاخ فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الاخر في نصيب الاخ فبطل اقراره فيه
ولو كان لابيهما الميت دين يعني لو مات وترك ابنين له وله دين على شخص فاقر احدهما اي احد
الابنين بقبض ابيه نصفه فالنصف الباقي للاخر ولا شيء للمقر لان الاقرار باستيفاء الدين
اقرار بالدين على الميت لان الديون تقضى بامثالها فيكون المقبوض غير الدين فيكون مضمونا
على القابض دينا في ذمته ثم تتقاصان فاذا كذبه اخوه لا يصدق عليه فينفذ في حقه خاصة

على الميت النصف المقبوض على أخيه والدين مقدم على الميراث فاستغرق نصيبه فلا يأخذ من النصف الآخر
شيئا وان تصادقا على ان ذلك النصف مشترك بينهما من تركة ابيهما كما اذا اقر عليه بدين
آخر وكذبه اخوه وذلك لان المقر لو رجع على اخيه بشيء لرجع اخوه على الغريم لزعمه ان
اباه لم يقبض منه شيئا وله تمام النصف ثم رجع الغريم على المقر لاقراره بدين على الميت
مقدم على الميراث فيؤدي الى الدور قال في نوع من شهادات البزازية مات الرجل عن
ورثة فاقر وارثاه بدين على الميت لرجل ثم شهدا بهذا الدين لذلك الرجل عند القاضي
قبل ان يلزم القاضي باقرارهما الدين في حصتهما من التركة تقبل لانه بمجرد اقرارهما قبل
القضاء عليهما لا يحل الدين في قسطهما وان قضى عليهما باقرارهما ثم شهدا به له عليه لا يقضى
بشهادتهما لانهما يريدان ان يجعلا بعض ما لزمهما على ما في الورثة فكانت جر مغنم ودفع
مغرم وفيه اشكال وذلك ان الدين ما لم يلزم على نصيبهما باقرارهما فكيف يصح للقاضي ان
يقضي بالدين عليهما في نصيبهما قلنا الديون تقضى من ايسر الاموال والبين قضاء وحصتهما ايسر
الاموال قضاء لانكار سائر الورثة الدين وعدم البينة للمدعي انتهى هكذا ذكره ثم قال في اواخر
كتاب الدعوى ان كان في الورثة صغير لا يصح اقرار الكبار بالدين في حق الصغير ولا بد من
البرهان حتى يظهر في حق الصغير ايضا فان اقر احد الورثة به يلزمه في حصته حتى يستغرق
قال الفقيه وهو القياس وبه اخذ علماؤنا لكن الاختيار عندي ان يؤخذ ما يخصه من الدين وهو قول
الشعبي والثوري وابن ابي ليلى والشافعي وانه ابعد من الضرر واقرب الى الصواب قال
شمس الائمة مما يحفظ ان الدين لا يحل بمجرد الاقرار وانما يحل بالقضاء وعلم ذلك بمسئلة ذكرها
في الزيادات ان الوارث المقر بالدين اذا شهد مع رجل آخر بالدين على الميت تقبل ولو كان
حل في حصته بالاقرار لما قبل لما فيه من دفع المغرم وقال في التاسع والثلاثين من العمادية
ولو ان الوارث لم يقر بالدين على مورثه وعجز المدعي عن اقامة البينة فانه يحلف الوارث
على العلم فان حلف اندفعت الخصومة عنه فان نكل يستوفي الدين من نصيبه في ظاهر الرواية
وقال الفقيه ابو الليث وعندي يؤخذ من المقر والناكل ما يخصه من الدين وهذا القول اعدل
واحسن وابعد عن الضرر انتهى

مطلب مهم: لا يصح اقرار الكبار بالدين اذا كان في الورثة صغير والدين لا يحل بمجرد الاقرار

كتاب الصلح

الصلح هو في اللغة اسم

للمصالحة خلاف المخاصمة وفي الشرع عقد يرفع النزاع وركنه الايجاب والقبول
وشرطه العقل وكون المصالح عنه حقا للمصالح ثابتا في المحل وكون البدل مالا معلوما ان
احتيج الى القبض ومنفعة ولا يشترط البلوغ حتى يجوز عن صبي مأذون يعقل انه جالب
النفع دافع الضرر ولا الحرية حتى يجوز عن عبد مأذون ومكاتب ويجوز مع اقرار وسكوت
وانكار لان الخصم وقت الدعوى اما ان يسكت او يتكلم مجيبا بالانكار او بالاقرار وكل ذلك
جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير فانه وان وقع في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى
فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا والصلح خير لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص
السبب ولان قوله تعالى والصلح خير ذكر التعليل فيكون عاما لان العلة لا تتقيد بمحل الحكم الذي
علل فيه بل اينما وجدت العلة يتبعها حكمها ولما صح في الترمذي عن عمرو بن عوف ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا
وقال الشافعي لا يجوز مع انكار او سكوت لانه صلح احل حراما وحرم حلالا وذلك حرام
فلا يجوز لما روينا قلنا تأويله احل حراما لعينه كالخمر او حرم حلالا لعينه كالصلح
على ان لا يطأ الضرة او لا يشتري والحمل على ذلك واجب لئلا يبطل العمل به اصلا وذلك ثابت
لانه لو حمل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غير الاقرار لان الصلح في العادة
لا يكون الا على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي قبل الصلح
وحرم بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فالصلح على الاقرار يكون سببا
لحرمة الحلال وحل الحرام كالصلح على غيره فعرفنا ان المراد بذلك ما كان حلالا او حراما
لعينه ولان هذا صلح بعد دعوى صحيحة فكان كالصلح مع الاقرار فيقضى بجوازه لوجود
المقتضي وانتفاء المانع لان المدعي يأخذه عوضا عن حقه في زعمه وهذا امر مشروع والمدعى
عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع ايضا لان المال وقاية الانفس
وهل يلزم ان يكون الصلح عن انكار بعد دعوى صحيحة قال في الاشباه نقلا عن القنية
الصلح على انكار بعد دعوى فاسدة فاسد فعلم منه ان يكون بعد دعوى صحيحة فان
قيل يخالفه ما ذكر في الهداية في مسائل شتى من القضاء ان الصلح على انكار جائز بعد

دعوى مجهول

فالجواب ان فساد الصلح في مسئلة القنية بسبب مناقضة المدعي لا لترك شرط
الدعوى فيحمل كلام صاحب الهداية على الثاني كذا في الاشباه فالاول كالبيع ان
وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع فيه لان معنى البيع مبادلة مال بمال بتراضيهما
وهو متحقق في الصلح عن اقرار وكان عن مال بمال ولكن هذا ليس على اطلاقه بل
ان وقع على خلاف جنس المدعى به واما ان وقع على جنسه فينظر فان كان اقل
من المدعى فهو حط وابراء وان كان بمثله فهو قبض واستيفاء وان كان
باكثر منه فهو فضل وربا كذا في الزيلعي قال في الاشباه الصلح عن اقرار بيع
الا في مسئلتين الاولى ما اذا صالح من الدين على عبد وقبضه ليس له ان يبيعه
مرابحة بلا بيان الثانية لو تصادقا على ان لا دين عليه بطل الصلح وفي الشراء
بالدين لا انتهى فيثبت فيه اي اذا تحقق فيه معنى البيع يثبت فيه الشفعة
ان كان ذلك الصلح في العقار بان كانت الدعوى في دار في يد رجل قد اقر له بها دار
فصالح المدعي على مال معين دفعه اليه فهذا في المعنى بيع فللجار ان يطلب الشفعة
فيها والرد بالعيب بان كان بدل الصلح عبدا مثلا فوجد المدعي فيه عيبا له ان يرده لانه
اعتبر بيعا وخيار الرؤية بان لم ير المصالح بدل الصلح وقت الصلح ثم رآه فله
الخيار كما في شراء ما لم يره والشرط اذا شرط احدهما ثلاثة ايام جاز له ذلك كما في
البيع وهذا لان هذه الاحكام من احكام البيع فيجري فيما كان في معنى البيع من العقود
كما فيما نحن فيه ويفسده اي القسم الاول من الصلح جهالة البدل لا جهالة المصالح
عنه لانه لما اعتبر بيعا يفسد بالجهالة المانعة من التسليم والتسلم غير ان
المصالح عنه لا يحتاج فيه الى التسليم فلا تضره الجهالة لعدم افضائه الى النزاع
وبدل الصلح يحتاج الى التسليم فيفسده الجهالة لافضائه الى النزاع ويشترط
القدرة على تسليم البدل لا على تسليم المصالح عنه لعدم لزوم التسليم فيه
بخلاف البدل لان التسليم لازم فيه فيشترط القدرة عليه ايضا لئلا يفضي
الى تكليف ما لا يطاق وان استحق اي في يد المدعى عليه بعض المصالح عنه اوكله

في أنه مال كلا أو بعضا

اوكله رجع اي المدعى عليه على المدعي بكل البدل او بعضه وان استحق اي في يد
المدعي بعض البدل اوكله رجع اي المدعي على المدعى عليه بكل المصالح عنه او بعضه
وهذا لان كل واحد منهما عوض عن الآخر فايهما استحق عليه ما اخذه رجع
بما دفعه ان كلا فيرجع بالكل وان بعضا فيرجع بالبعض بحصته لانه حكم المعاوضة
وان وقع اي الصلح مع الاقرار عن مال بمنفعة اعتبر اجارة كما اذا ادعى دارا فصالحه
على خدمة عبده او ركوب دابته او سكنى داره او لبس ثوبه او زراعة ارضه
كل ذلك سنة مثلا جاز الصلح لان هذه المنافع يجوز استحقاقها بعقد
الاجارة فيجوز استحقاقها بعقد الصلح ايضا اعتبارا للصلح مع الاجارة
وهذا لان الاصل في الصلح ان يحمل على اشبه العقود به فيجري عليه احكامه
لان العبرة للمعاني دون الصور ولهذا جعلت الهبة بشرط العوض بيعا والكفالة
بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ان لا يبرأ الاصيل كفالة فاشبه
العقود للصلح الواقع على هذه المنافع عقد الاجارة فيحمل عليها لان الاجارة
تمليك المنافع فكذا الصلح على هذه الاشياء كما ان اشبه العقود للصلح الواقع
على مال عن مال هو البيع على ما مر هذا فيما وقع الصلح مع عن مال بمنفعة وان وقع
هذا الصلح عن منفعة بمال يعتبر اجارة ايضا على ما سياتي بيانه في اول الفصل
الآتي فاذا اعتبر اجارة فيشترط فيه التوقيت كما اعتبر في الاجارة حتى لو قال
صالحتك على خدمة عبده او ركوب دابته ابدا او حتى يموت بطل الصلح كما بطل
الاجارة لجهالة المدة وهذا فيما يحتاج الى التوقيت واما اذا لم يحتج اليه فلا
يشترط فيه التوقيت كما لو وقع الصلح عن مال على نقل هذا الشيء من هنا الى ثمه
ويبطل اي الصلح عن مال بمنفعة بموت احدهما اي في المدة التي وقت بها قال
في الكفاية شرح الهداية ان اعتبار الصلح عن مال بمنفعة بالاجارة على الاطلاق
انما هو على قول محمد حتى فسد الصلح بهلاك المدعى او المدعى عليه او محل المنفعة
سواء هلك بنفسه او اتلفه احد وضمن قيمته ان كان قبل استيفاء المنفعة ورجع

المدعى على جميع دعواه الا اذا استوفى شيئا من المنفعة فيبطل دعواه بقدر ما
استوفاه وهذا لان محمدا جعل هذا الصلح بمنزلة الاجارة والاجارة تبطل بموت
الموجر او المستاجر وهلاك محل المنفعة مطلقا فكذلك الصلح وعند ابى يوسف
ليس كالاجارة من كل وجه فانه يقول لو مات المدعى عليه لا يبطل الصلح والمدعى
يستوفى جميع المنفعة كما فى حياته ولو مات المدعى فكذلك لا يبطل الصلح بل قام
الوارث مقامه فى مثل خدمة العبد وسكنى الدار ويبطل فى ركوب الدابة ولبس
الثوب لان الصلح لقطع المنازعة فى ابطال الصلح بموت احدهما اعادة المنازعة
فلا يبطل ولكن الناس يتفاوتون فى الركوب واللبس فلا يقوم الوارث فى مثلهما
مقام المورث للضرر الذى يلحق المالك فيفوت المعقود عليه فيبطل ضرورة
والاخيران اى الصلح عن سكوت وانكار معاوضة فى حق المدعى لما ذكرناه ان
المدعى ياخذه عوضا فى زعمه وفداء اليمين وقطع المنازعة فى حق الآخر اى المدعى
عليه لان فى زعمه انه لا حق عليه وان المدعى مبطل فى دعواه وانما دفع المال اليه لئلا
يحلف وليقطع الخصومة عن نفسه فان قيل كونه فداء لليمين وقطعا للمنازعة
ظاهر فى صورة الانكار واما فى السكوت ففيه خفاء اجيب بانه لا خفاء فيه لان
السكوت يحتمل الاقرار والانكار فجهة الانكار راجحة اذ الاصل فراغ الذمم فلا
يجب عليه بالشك ولا يثبت به كون ما فى يده عوضا فان قيل العقد الواحد كيف
يجوز اتصافه بامرين متنافيين اعنى كونه معاوضة وكونه فداء لليمين اجيب
بانه يجوز ان يختلف حكم العقد فى حقهما وانما لا يجوز فى حق شخص واحد فقط
وهذا كما يختلف حكم الاقالة فانها فسخ فى حق المتعاقدين بيع جديد فى حق ثالث
وكعقد النكاح فان حكمه الحل فى حكم امراته والحرمة المؤبدة فى حق امها وهل يصح
الصلح بعد يمين المدعى اختلفوا فيه قيل يصح دفعا للنزاع باقامة المدعى البينة
بعد يمين المدعى عليه المنكر وقيل لا يصح لان اليمين بدل عن المدعى به فاذا حلفه
فقد استوفى البدل فلا يصح فلا شفعة فى دار صولح عنها مع احدهما اى مع الانكار

الانكار او السكوت لان المدعى عليه انما يستبقى الدار على ملكه ويدفع الى المدعى مالا لدفع
الخصومة عن نفسه فى زعمه والمرء انما يواخذ بما فى زعمه لا فى زعم غيره ولا شراء فى
زعمه حتى يثبت الشفعة بل استيفا لها على ملكه كما كان وتجب اى الشفعة فى دار
صولح عليها لان المدعى ياخذها عوضا عن المال فى زعمه فكان معاوضة فى حقه فيلزمه
الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه فصار كانه قال اشتريتها من المدعى عليه
وهو ينكر وما استحق من المدعى على صيغة المفعول وما وقع فى اكثر الكتب المدعى به
بحرف الجر سهو لما فى المغرب يقال ادعى زيد على عمرو مالا فزيد المدعى وعمرو المدعى
عليه والمال المدعى والمدعى به لغو انتهى كلا او بعضا يرد المدعى حصته من البدل
يعنى اذا ادعى دارا فى يد آخر وصولح على مال عن انكار او سكوت ثم استحق الدار كلها
او بعضها يرد ما اخذه من المال كله او بعضه بقدر حصة المستحق الى المدعى عليه لان المدعى
عليه ما بذلا لعوض الا لدفع الخصومة عن نفسه فاذا ظهر الاستحقاق ظهر انه لا خصومة
له فيبقى فى يده غير مشتمل على غرض المدعى عليه فيسترده كالمكفول عنه اذا دفع المال الى الكفيل
على غرض دفعه الى رب الدين ثم ادى بنفسه قبل اداء الكفيل فانه يسترده لعدم اشتماله
على غرضه ونوقض هذا بما اذا ادعى دارا وانكر المدعى عليه ودفع المدعى الى ذى اليد شيئا بطريق
الصلح واخذ الدار ثم استحقت فانه لا يرجع على المدعى عليه بما دفع مع انه بظهور الاستحقاق
تبين ان المال فى يده غير مشتمل على غرض الدافع وهو قطع الخصومة واجيب بان المدعى عليه
مضطر فى دفع ما دفع لقطع الخصومة فاذا استحقت زالت الضرورة الموجبة لذلك
لانتفاء الخصومة فيرجع على الآخذ واما المدعى فانما دفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار
بظهور الاستحقاق فلا يسترده ويرجع اى يرجع المدعى على المستحق بالخصومة
فيه اى فى دعواه لان المستحق قائم مقام المدعى عليه بعد الاستحقاق لكونه نائبا للمدعى
وما استحق من البدل بعضا او كلا يرجع المدعى على المدعى عليه الى دعواه فى قدره اى
فى قدر المستحق ان كلا فكلا وان بعضا فبحصته وهلاك البدل اى بدل الصلح قبل
التسليم اى الى المدعى كاستحقاقه فى الفصلين اى فصل الاقرار والانكار والسكوت

داخل في الانكار على ما مر فاذا كان كاستحقاقه يبطل به الصلح لان هلاك البدل
في البيع يبطل البيع فكذا هذا وهذا في فصل الاقرار ظاهر لانه بيع حقيقة على ما مر
واما في فصل الانكار والسكوت فلانه بيع في حق المدعي على ما مر ايضا فيبطل
بهلاكه فلو هلك كله يكون كاستحقاق كله فيرجع بكله على المدعى عليه ولو هلك
بعضه يكون كاستحقاق بعضه فيرجع بحصته وهذا فيما اذا كان البدل مما تتعين بالتعيين
وان كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا يبطل الصلح بهلاكه لانهما لا يتعينان
في العقود والفسوخ فلا يتعلق العقد بهما عند الاشارة اليهما وانما يتعلق بمثلهما
في الذمة فلا يتصور فيه الهلاك ولهذا لم يشترط قبض البدل في المجلس قال في الخلاصة
الصلح ان كان عن دعوى في محدود فصالحوا على دراهم او دنانير او كيلي كالحنطة والشعير
او وزني كالحديد والصفر لا يشترط قبض بدل الصلح في المجلس ثم في المكيل والموزون
اذا كانا معينين واضاف العقد اليهما او غائبين لكنهما في ملك المدعى عليه صح الصلح
ويقع على ما يسمى من الكيلي والوزني ولو اشار اليهما ولم يسم الكيل والوزن جاز الصلح
ويعين ذلك الذي اشير اليه في العقد وان كان موصوفا في الذمة فالشرط بيان القدر
والوصف والاجل ليس بشرط ولو بين الاجل ثبت ولو كان البدل دراهم يحتاج الى بيان القدر
دون الصفة ويقع على نقد البلد ان ذكر الدراهم والدنانير مطلقا وان اختلف فعلى
الاغلب وان استوت لم يجز حتى يبين ويجوز الصلح عليهما حالة ومؤجلة هذا
اذا كانت الدراهم غير معينة فان كانت معينة جاز ولا حاجة الى بيان القدر والوصف
لكن لا يتعلق العقد بعينهما انتهى ولو صالح على بعض دار يدعيها لا يصح لان ما قبضه
بعض حقه وهو على دعواه في الباقي ويقبل بينته فيه لانه استوفى بعض حقه وابرأ عن
الباقي والابراء عن العين باطل فكان وجوده وعدمه سواء والابراء انما يصح في الدين
والدعوى هذا هو المذكور في اكثر الكتب واختاره في الهداية وذكر شيخ الاسلام انه
لا يسمع دعواه في الباقي ولا تقبل بينته وقال صاحب النهاية انه ظاهر الرواية ووجهه
ان الابراء لاقى عينا ودعوى والابراء عن الدعوى صحيح فانه من قال لغيره ابراتك عن

عن دعوى هذا العين صح ولو ادعاه بعد ذلك لم تسمع وانما قيد بقوله على بعض دار
يدعيها لان الصلح لو كان على بيت معلوم من دار اخرى صح لكونه بيعا وكذا لو كان
على سكنى بيت معين من غيرها لكونها اجارة حتى شرط كون المدة معلومة قال في
الخلاصة والبزازية ولو كانت الدعوى في دار فصالحه على بيت منها او من غيرها يجوز انتهى
ولا يخفى عليك ان هذا انما يستقيم على ظاهر الرواية من انه لا يسمع دعواه في الباقي
ولا تقبل بينته بناء على جواز الصلح على بعض المدعى لا على ما اختاره المص وحيلته اي حيلة
تصحيح الصلح على بعض دار يدعيها امران احدهما ما ذكره بقوله ان يزيد في البدل شيئا
كدرهم او غيره ليصير ذلك الشيء عوضا عن حقه فيما بقي اطلق البدل ولم يقيده
بلزوم اخذه وهو مقيد به لما ذكره في التاسع من دعوى البزازية في هذه المسئلة
انه لو شرط المدعي مع بعض الدار الذي وقع الصلح عليه دراهم معلومة فدفعه المدعى عليه اليه فانه حيلة ينقطع به دعواه لانه لما اخذ بعض حقه من الدار فقد جعل
بازاء الباقي دراهم وبلغه بها مني واستوفى منه البدل فينقطع الدعوى انتهى
ونظير هذا ما اذا ادعى على اخيه نصف ما في يده بحكم الميراث وانكره الاخ وصالح على
بعضه ثم برهن على الميراث لا يصح دعواه ولا يقبل برهانه ولا ياخذ باقي حصته لان
قد صح لزعم المدعي ان ما اخذ فبعضه ملكه وبعضه ملك المدعى عليه [illegible]
فبعضه ملكه وبعضه ملك [illegible]
[illegible]
[illegible] والثاني ما ذكره بقوله او يبرأ من البراءة لا من
[illegible] سيظهر لك وجهه عن دعوى الباقي بان يقول برئت من هذه الدار او من
دعوى في هذه الدار فانه يصلح لمصادفة البراءة بالدعوى وهو صحيح حتى لو ادعى بعد ذلك
وجاء بينة لم يقبل بخلاف ما لو قال ابراتك عن دعواي او خصومتي في هذه الدار حيث
يكون باطلا وله ان يخاصم فيها بعد ذلك والفرق بين البراءة والابراء ان ابراتك انما
يكون البراء عن الضمان لا من الدعوى وقوله برئت يكون براءة من الدعوى على ما نقله
في النهاية عن الذخيرة وعزاه في العناية الى القوم وقال في البزازية لو قال ابراتك

من هذا العبد له ان يدعيه بعده لانه ابراء عن الضمان الواجب فيبقى امانة في يده فيصح دعواه بعده حال قيام العين واستهلاكه لا حال هلاكه ولو قال برئت من هذا العبد او العين لا يصح دعواه بعده مطلقا انتهى وهل يصح الابراء في ضمن عقد فاسد ام لا بد له من عقد صحيح قال في البزازية اذا جرى الصلح بين المتداعيين وكتب الصك وفيه ابرأ كل منهما الآخر عن دعواه او كتب واقر المدعي ان العين للمدعى عليه ثم ظهر فساد الصلح بفتوى الائمة واراد المدعي العود الى دعواه قيل لا يصح الابراء السابق والمختار انه يصح الدعوى والابراء والاقرار في ضمن عقد فاسد لا يمنع صحة الدعوى لان بطلان المتضمن يدل على بطلان المتضمن وبدفع هذا اختار ائمة خوارزم ان يحرر الابراء العام في وثيقة الصلح بلفظ يدل على الاستيثاق بان يقر الخصم بعد الصلح ويقول ابرأته ابراء عاما غير داخل تحت الصلح او يقر بان العين له اقرارا غير داخل تحت الصلح ويكتبه كذلك فان كان حاكما او حكم ببطلان هذا الصلح لا يتمكن المدعي من اعادة دعواه والحيلة لقطع الخصومة حسنة انتهى **فصل** يجوز الصلح عن مجهول ولا يجوز الا على معلوم اطلقه وفيه تفصيل وهو ان الصلح باعتبار بدليه على اربعة اوجه اما ان يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لا محالة واما ان يكون عن مجهول على مجهول فان لم يحتج فيه الى التسليم والتسلم مثل ان يدعي حقا في دار رجل وادعى المدعى عليه حقا في ارض بيد المدعي فاصطلحا على ترك الدعوى جاز وان احتيج فيه الى التسليم والتسلم وقد اصطلحا على ان يدفع احدهما مالا ولم يبينه على ان يترك الآخر دعواه او على ان يسلم اليه ما ادعاه لم يجز واما ان يكون عن مجهول على معلوم وقد احتيج فيه الى التسليم كما لو ادعى حقا في دار في يد رجل ولم يسمه فاصطلحا على ان يعطيه المدعي مالا معلوما ليسلم المدعى عليه ما ادعاه وهو لا يجوز وان لم يحتج فيه الى التسليم كما اذا اصطلحا في هذه الصورة على ان يترك المدعي دعواه جاز واما ان يكون عن معلوم على مجهول وقد احتيج فيه الى التسليم والتسلم لا يجوز وان لم يحتج اليه جاز والاصل في ذلك كله ان الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هي المفسدة فما لا يجب فيه التسليم والتسلم

والتسلم جاز وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة لان القدرة على تسليم البدل شرط لكونه في معنى البيع كذا في العناية ولا يخفى عليك ان المراد بالمجهول ههنا هو الدعوى المجهولة والا فالصلح عن الاعيان المجهولة لا يصح ويجوز اي الصلح عن دعوى المال لانه في معنى البيع في حقهما ان وقع عنه بمال عن اقرار او في حق المدعي وحده ان وقع عنه بمنافع وكل ذلك جائز على ما سبق اطلق فشمل ما بعد حلف المدعى عليه قال في الاشباه يصح الصلح بعد حلف المدعى عليه دفعا للنزاع باقامة البينة ولو برهن المدعي بعد هذا الصلح على اصل الدعوى لم يقبل الا في صلح الوصي عن مال اليتيم على انكار اذا صالح على بعض ثم وجد البينة فانها تقبل ولو بلغ الصبي فاقامها تقبل ايضا ولو طلب يمينه لا يحلف كذا في القنية من آخر كتاب الصلح ويجوز ايضا عن دعوى المنفعة فيكون بمعنى الاجارة سواء وقع عنها بمال او بمنافع اخرى لان المنافع يجوز اخذ العوض عنها بعقد الاجارة فكذا بعقد الصلح ايضا الا ترى انه اذا اوصى بسكنى داره او خدمة عبده فمات وادعى الموصى له السكنى او الخدمة فصالح الورثة مع الموصى له على مال او منفعة جاز ذلك فكذا هذا لكن انما يجوز الصلح على المنفعة عن المنفعة اذا كانا مختلفي الجنس بان صالح عن السكنى على خدمة العبد او زراعة الارض او لبس الثياب واما اذا اتحد الجنس كما اذا صالح عن السكنى على السكنى او عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز لانه لا يجوز استيجار المنفعة بجنسها من المنافع فكذا الصلح وعند اختلاف الجنس يجوز استيجارها بالمنفعة فكذا الصلح قال في الاشباه الصلح جائز عن دعوى المنافع الا دعوى اجرة كما في المستصفى انتهى لكنه صرح في البحر بخلافه فارجع اليه ويجوز ايضا عن دعوى الجناية في النفس وما دونها عمدا او خطأ اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف لانها نزلت في الصلح عن دم العمد على ما روي عن ابن عباس والحسن والضحاك ومعناها من بذل له بدل اخيه المقتول مال فليتبعه

اتباع اي قبول بالمعروف اي بالمجاملة وحسن المعاملة وذلك لا يكون الا بالصلح ولان
القصاص حق ثابت في المحل في حق الفعل فيكون المحل مملوكا له في حق اقامة الفعل
قبل الفعل فجاز اخذ العوض عنه فصار هو بمنزلة النكاح من حيث ان كلا منهما
مبادلة المال بغير المال ومن حيث ان كلا منهما لا يحتمل الفسخ بالتراضي حتى
ان كل ما يصلح مسمى في النكاح من مال معلوم او منفعة معلومة من سكنى دار او خدمة
عبد مدة معلومة يصلح ان يكون بدلا في الصلح عن دم العمد الا ان عند فساد
التسمية والصلح بجهالة فاحشة كما اذا صالح على مال غير معلوم من الدابة او الثوب
او غيرهما او منفعة غير معينة من السكنى الابد او الخدمة الابد او بتسمية ما
ليس بمال متقوم كما اذا صالح على خمر فانه يصار الى الدية في الاول لكونها موجبا
اصليا في الدم ولا يجب عليه شيء في الثاني لانه لما لم يسم مالا متقوما صار ذكره
والسكوت عنه سيان ولو سكت بقي العفو مطلقا وفيه لا يجب فكذا في ذكر
غير متقوم واما في النكاح فيجب مهر المثل في فصلين اي فصل تسمية المال المجهول
وفصل تسمية الخمر لانه الموجب الاصلي في النكاح ويجب مع السكوت عنه حكما
وايضا انما هو اقل من عشرة دراهم يصلح بدلا عن الصلح ولا يصلح مهرا في
النكاح فافترقا فان قيل ان الشفعة حق ثابت للشفيع في الدار المبيعة كما ان
القصاص حق ثابت لاولياء المقتول في القاتل مع ان الصلح عن حق الشفعة على مال
لا يصح قلنا ان حق الشفعة حق ان تملك وذلك ليس بحق ثابت في المحل قبل
التملك فاخذ البدل فيه اخذ مال في مقابلة ما ليس بثابت في المحل وذلك رشوة
حرام واما القصاص فانه حق ثابت في المحل في حق الفعل على ما ذكرناه فكان اخذ
العوض فيه اخذا عما هو حق ثابت له في المحل فكان صحيحا فاذا لم يصح الصلح على
مال في الشفعة بطلت الشفعة لانها تبطل بالاعراض والسكوت بخلاف الصلح
على بيت بعينه من الدار بحصته فانه وان لم يصح لكون حصة الدار من الثمن مجهولا
لكن لا تبطل شفعته لانه لم توجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة بهذا الصلح

الصلح والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لو صالح الكفيل مع المكفول له
على مال ليخرج عن الكفالة لا يصح الصلح عليه ولا يجب المال كما لا يصح عليه في حق الشفعة
الا ان في بطلان الكفالة روايتين في رواية ابي حفص يبطل وبه يفتى على ما في الغاية
وفي رواية ابي سليمان لا تبطل واما الثاني وهو جناية الخطأ فلان موجبها المال
فيصير بمنزلة البيع فيرجع الى دعوى الاموال فيجوز الصلح فيه ثم الصلح فيه
اما ان يكون على احد مقادير الدية من مائة ابل او مائة بقر او الف دينار او لا والاول
اما ان يكون منفردا او منضما الى الصلح عن العمد فان كان منفردا لا يصح بالزيادة
على قدر الدية لانه مقدر شرعا والمقدر الشرعي لا يبطل فيرد الزيادة بخلاف الصلح
عن القصاص حيث يجوز الزيادة فيه على قدر الدية اذ ليس فيه تقدير شرعي حتى
يكون الزيادة ابطالا له بل القصاص ليس بمال فكان الواجب انه لا يقابل بمال ولكنه
اشبه النكاح في تقومه بالعقد فجاز بأي مقدار تراضيا عليه كالتسمية في النكاح
وان كان منضما الى العمد كما اذا قتل عمدا واخر خطأ ثم صالح اولياؤهما على اكثر
من ديتين فالصلح جائز ولصاحب الخطأ الدية وما بقي فلصاحب العمد كمن عليه لرجل
مائة دينار ولآخر الف درهم فصالحهما على ثلاثة الاف درهم فلصاحب الالف
الف والباقي لصاحب الدينار والثاني كما اذا صالح على مكيل او موزون جازت الزيادة
على قدر الدية لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس لئلا يكون افتراقا
عن دين الدية بدين بدل الصلح ولو قضى القاضي باحد مقادير الدية مثلا ان قضى
بمائة من الابل ثم صالح اولياء القتيل على اكثر من مائتي بقرة جاز لان الحق قد تعين بالقضاء
في الابل وخرج غيره من ان يكون واجبا بهذا الفعل فكان ما يعطى عوضا عن الواجب
فكان صحيحا بخلاف الصلح بالزيادة عليه ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير
بمنزلة القضاء في حق التعيين ولو قضى القاضي باحد المقادير بزيادة على مقدار الدية
لم يجز فكذا هذا وما دون النفس معتبر بالنفس في العمد والخطأ ثم لا يختلف الحكم
في هذه الاشياء بين ان يكون عن اقرار او انكار او سكوت على ما في الزيلعي وعن دعوى الرق
يجوز الصلح

بان ادعى على ... [illegible]

يعني ادعى على رجل مجهول الحال انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان هذا الصلح
معتقا بمال اي في حق المدعي لان اقرب العقود اليه شبها هو العتق على مال فيجعل
بمنزلته لامكان تصحيحه على هذا الوجه في زعمه ولهذا صح على حيوان في الذمة الى
اجل ولو لم يكن على هذا الوجه بل على طريق المعاوضة لما جاز هذا لان الحيوان لا يثبت
دينا في الذمة في المعاوضات واما في حق المدعى عليه فيجعل لدفع الخصومة لانه يزعم انه
حر الاصل ولا ولاء اي للمدعي عليه اي على المدعى عليه لانه ينكر العتق ويزعم انه حر
الاصل فلا يثبت عليه الولاء ولا يرثه الا ان يقيم المدعي البينة بعد ذلك فتقبل بينته في حق
ثبوت الولاء له عليه لا غير حتى لا يكون رقيقا لانه صار معتقا بالصلح فلا يعود رقيقا
هذا في الصلح عن انكار وان كان عن اقرار يثبت الولاء للمدعي لاعترافه بالرق وعن دعوى
الزوج النكاح اي ادعى على امراة نكاحا وانكرت فصالحته على مال بذلته حتى يترك
الدعوى جاز وكان خلعا في حق الزوج لان اقرب العقود اليه شبها هو الخلع فيجعل
عليه لامكان تصحيحه على هذا الوجه وكان بذلا للمال في حق المراة دفعا للخصومة
لانها منكرة ذلك وان اقام بعد ذلك على التزويج بينة لم تقبل لان ما جرى كان خلعا
في زعمه ولا فائدة في اقامتها بعده ويحرم عليه اي على المدعي ما اخذه من تلك المراة ديانة
ان كان مبطلا في دعواه الا ان تسلم بطيب من نفسها فيكون تمليكا على طريق الهبة
وهذا عام في جميع انواع الصلح كذا في العناية والزيلعي ولو صالحها اي الزوج المراة
بمال اعطاها لتقر تلك المراة له بالنكاح جاز ويجعل زيادة في مهرها لانها تزعم انها
زوجت نفسها منه ابتداء بالمسمى وهو يزعم انه زاد في مهرها فيحمل على ما في زعمه
لامكان تصحيحه على هذا الوجه ولا يجوز ان ادعته اي النكاح المراة وقيل يجوز اي فادعت
على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها اختلف فيه المشايخ قيل لا يجوز وقيل يجوز
وجه الاول انه بذل لها لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على
الزوج في الفرقة اذ لا يسلم له في هذه الفرقة شيء وهي تسلم لها المال والنفس وان لم
يجعل فرقة فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما لم توجد كانت دعواه على حالها

على حالها لبقاء النكاح في زعمها فلم يكن ثمة شيء يقابله العوض فكان رشوة ووجه
الثاني ان يجعل كان الزوج باعطاء بدل الصلح زاد على مهرها ثم خالعها على اصل المهر
دون الزيادة فيسقط اصل المهر دون الزيادة ولا عن دعوى الحد اذا اخذ رجل زانيا
او سارقا او شارب خمر او قاذفا واراد ان يرفعه الى الحاكم فصالحه المأخوذ على مال ليتركه
فالصلح باطل وله ان يرجع عليه بما دفعه من المال لان الحد حق الله تعالى والاعتياض عن
حق الغير لا يجوز ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المراة نسب ولدها لانه حق الولد
لا حقها وكذا لا يجوز صلح واحد من العامة عما شرعه الى طريق العامة لانه حق العامة
لا حقه وحده فلا يجوز ان يصالح واحد منهم على الانفراد عنه ويدخل في اطلاق الحد
حد القذف ايضا لان الغالب فيه حق الله تعالى ولهذا لا يجوز عفوه ولا يورث وان قتل
عبد مأذون رجلا عمدا وصالح عن نفسه لا يجوز سواء كان عليه دين او لا لان المأذون
له لا يجوز ان يتصرف الا فيما هو من باب التجارة ورقبته ليست حاصلة من تجارته حتى
لا يملك التصرف فيه بيعا وان جاز اجارة فكذا لا يملك استخلاصها بمال الولي وهو كالاجنبي
في حق نفسه لان نفسه مال الولي والاجنبي اذا صالح عن مال مولاه بدون اذنه لا يجوز
فكذا هذا ثم صلحه هذا وان لم يصح لكن ليس لولي القتيل ان يقتله بعد الصلح لانه
لما صالحه فقد عفى عنه ببدل فصح العفو ولم يجب البدل في حق المولى فيتأخر الى ما بعد
العتق لان صلحه عن نفسه صحيح لكونه مكلفا وان لم يصح في حق المولى فصار كانه لو لم
صالحه على بدل مؤجل يؤاخذ به بعد العتق ولو فعل ذلك جاز الصلح ولم يكن له
ان يقتل ولا ان يبيعه بشيء ما لم يعتق فكذا هذا كذا في العناية بخلاف صلحه اي صلح
العبد المأذون له عن نفس عبد له اي للعبد المأذون له قتل رجلا عمدا يعني قتل
عبد للعبد المأذون له رجلا عمدا فصالح العبد المأذون له عنه جاز سواء كان عليه
دين او لا لان عبده من تجارته وكسبه وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا بخلاف
تصرفه في نفسه فانه غير نافذ لما تقدم ومن الصلح الفاسد ما ذكره في الثالث من
صلح البزازية صالح على دعوى عبد على غلته شهرا لم يجز وكذا في الدار والنخل

صالح على غلة الدار وثمرة النخل لا يجوز بخلاف ما اذا صالح على خدمة العبد شهرا
فانه يجوز وان صالح عن مغصوب تلف باكثر من قيمته جاز عند ابى ح وقالا يبطل
الفضل ان كان لا يتغابن فيه لان الواجب هو القيمة لكون العين متلفة وهى مقدرة
بالدراهم والدنانير فالزيادة عليها بما لا يتغابن الناس كان ربوا بخلاف ما يتغابن
الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المتقومين فلا يظهر فيه الزيادة وبخلاف ما اذا
صالح على عرض لان الزيادة لا يظهر عند اختلاف الجنس فيجوز مطلقا على ما سيصرح به
ولابى ح طريقان احدهما ان المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المالك ما يتقرر
حقه فى ضمان القيمة بالقضا او الرضاء حتى لو كان المغصوب عبدا واختار ترك
التضمين كان العبد هالكا على ملكه حتى كان الكفن عليه ولو كان العبد ابقا فعاد من
اباقه كان مملوكا له واذا كان كذلك فالمال الذى وقع عليه الصلح يكون عوضا عن ملكه
فى نحو العبد والثوب ولا ربوا بين العبد والدراهم كما لو كان العبد قائما لاختلاف
الجنس والثانى ان الواجب على الغاصب رد العين وانما يجب القيمة عند تعذر
رد العين ليقوم القيمة مقام العين وكان ذلك ضروريا لا يصار اليه الا عند العجز
فاذا صالح على شئ كان البدل عوضا عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر الفضل
حتى يكون ربوا هذا انما قيد المغصوب بقوله تلف لانه لو كان قائما جاز الصلح
على اكثر من قيمته بالاتفاق على ما فى العناية ولو قيده بكونه قيميا ايضا لكان احسن
لانه لو كان مثليا نحو كر حنطة وصالح على دراهم او دنانير جاز بالاتفاق ايضا
سواء كان بمثل القيمة او باكثر منها لكن القبض شرط فيه كذا فى العناية قال فى
البزازية اتلف ثوب انسان وصالح على اكثر من قيمته لا يجوز عندهما كما لو صالح
بعد القضا بالقيمة على اكثر منها او صالح على اكثر من الدية من احد مقاديرها كالابل
والدراهم والدنانير او صالح الشفيع مع المشترى على اكثر من الثمن او صالح الساكت
مع المعتق على اكثر من نصف قيمة العبد المعتق من النقدين لا يجوز الا قدر ما يتغابن
الناس فيه وعند ابى ح يجوز لانه بدل المتلف لا بدل قيمة الثوب فلم يتحقق الربوا

الربوا ولو صالح فى مسئلة الثوب على عرض قيمته اكثر من قيمة المتلف جاز كما لو صالح
على خلاف مقادير الدية انتهى قيد رحمه الله بالمغصوب لان فى صلح الامانات من الوديعة
والعارية تفصيل مذكور فى الفتاوى قال فى البزازية صلح المودع مع المودع لا يخلو
من وجهين الاول ان يكون الوديعة قائمة بعينها وهى مثلا مائتا درهم فصالحه
على مائة ان كان المودع منكرا لها يجوز قضاء لا ديانة لوجود الفضل فى الواقع وان
كان مقرا او منكرا وبرهن المودع على ذلك لم يجز وان لم يبرهن على الوديعة جاز
لانه قطع خصومة وان كان الصلح على عرض يجوز مطلقا وان صالح عن مائتى درهم
وديعة على عشرة دنانير ان كان على انكارها صح الصلح اذا تفرقا بعد قبض الدنانير
سواء كانت الدراهم حاضرة فى المجلس او غائبة وان كان على اقرارها ان كان الوديعة
حاضرة فى مجلس الصلح جاز اذا جدد المودع قبضا وقبض المالك الدنانير وان لم
يجدد قبضا فالصلح باطل وان كان الوديعة غائبة عن مجلس الصلح فالصلح باطل
والثانية ان يقول المودع هلكت الوديعة او رددتها اليك وصالح بعد ذلك فهذا
على وجوه الاول ادعى الوديعة وانكر المودع ثم صالح على مال معلوم جاز اجماعا
الثانى المالك ادعى الايداع والاتلاف والمودع اقر بها ولم يدع الرد والهلاك
فصالح جاز بلا خلاف الثالث ادعى الايداع والاتلاف وادعى المودع الرد او الهلاك
وصالح لا يصح عند ابى ح وابى يوسف لان البراءة حصلت بقوله رددتها والحكم
الثابت بجبره لا يبطل بدعوى المالك الاتلاف ولهذا لم يصح الصلح قبل الدعوى
فكذا بعده وعند محمد وفى اخر القول عن ابى يوسف يجوز واجمعوا ان المودع او حلف
على مدعاه لا يصح الصلح بعده وقال السغدى اذا قال المالك اتلفتها ثم ادعى
المودع الرد والهلاك يجوز الصلح اجماعا والخلاف فيما اذا بدأ المودع الرد والهلاك
ثم ادعى المالك الاتلاف وعامة المشايخ لم يفرقوا بين المسئلتين وجعلوا كلتيهما
على الخلاف والرابع اذا قال المودع رددت او هلكت ولم يقل المالك شيئا وسكت
ذكر الكرخى انه لا يصح الصلح عند ابى يوسف خلافا لمحمد ولو انكر المالك ان يكون

المودع قال هذه المقالة قبل الصلح صح الصلح وقال المودع قلتها ولم يصح الصلح عند ابي ح
وابي يوسف فالقول للمالك وان برهن على مقالته يقبل ويبطل الصلح انتهى كلام البزازية
ثم قال والعارية كالوديعة وكذا كل مال اصله امانة كالمضاربة وهكذا ذكره في الخلاصة
ايضا ثم ما ذكره المودع المصر من الاختلاف فيما اذا كان الصلح باكثر من قيمته من النقود
واما اذا كان الصلح على عرض فذكره بقوله وان بعرض صح مطلقا اي ان صالح عن مغصوب
تلف بعرض صح الصلح سواء كان اكثر من قيمة المغصوب اولا اتفاقا لما ذكرناه من ان الزيادة
لا يظهر عند اختلاف الجنس وان اعتق موسر عبدا مشتركا وصالح مع شريكه عن باقيه
باكثر من نصف قيمته يبطل الفضل فيما يتغابن فيه الناس اما عندهما فلما تقدم في
مسئلة الغصب واما عند ابي ح فلان القيمة في العتق منصوص عليه بقوله عليه الصلوة والسلام
من اعتق شقصا من عبد بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه فيضمن ان كان
موسرا او يسعى العبد وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي وبه يتقدر فكذا
بما هو فوقه فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لان القيمة فيه غير منصوص
عليها بهذا فيما صالح على النقد وان صالح عن باقيه باكثر من نصف قيمته
بعرض صح لان الفضل لا يظهر في خلاف الجنس فلا ربوا ويجوز صلح المدعي بمال
يدفعه الى المنكر ليقر له يعني رجل ادعى على اخر عينا في يده فانكره فصالحه
على مال ليقر له بالعين يجوز فيكون في حق المنكر كالبيع وفي حق المدعي كالزيادة
في الثمن وبدل الصلح عن دم عمدا وعلى بعض دين يدعيه يلزم الموكل لا الوكيل
الا ان ضمنه يعني اذا وكل رجلا بالصلح عن دم عمد فصالحه على مال يلزم الموكل
لا الوكيل لانه اسقاط محض وكان الوكيل فيه سفيرا محضا فلا ضمان عليه
كالوكيل بالنكاح الا ان ضمنه فيكون مواخذا بالضمان لا بالصلح وكذا الحال
اذا وكل رجلا بالصلح عما يدعيه على اخر من الدين فصالحه على بعض ما يدعيه
وبدل ما اي صلح هو كبيع يلزم الوكيل كما اذا كان عن مال بمال فان بدله يلزم
الوكيل لكونه بمنزلة البيع اطلقه ولا بد من التقييد بعدم كونه عن انكار

عن انكار فانه ان كان عن انكار لا يجب على الوكيل شيء ولو كان عن مال بمال لان
الصلح عن انكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق بجعل وذلك
جائز مع الاجنبي بجوازه مع الخصم فقيده بما هو كبيع احترازا عن الصلح عن
دم العمد وعن بعض ما يدعيه من الدين فانه لا يلزم على الوكيل شيء لكونه
سفيرا محضا كذا في العناية وان صالح فضولي وضمن البدل او اضاف الصلح
الى ماله بان قال صالحتك على الفي هذه او عبدي هذا او اشار الى عرض
بان قال صالحتك على هذا العبد او على هذا الثوب او نقد بان قال صالحتك على
هذا الالف بلا اضافة الى ماله او اطلق اي عن الاضافة الى ماله والاشارة الى عرض
او نقد بان قال صالحتك على الف وسلم اي بدل الصلح في صورة الاطلاق صح
الصلح في الصور كلها اما في الاولى وهو ما اذا صالح عنه الفضولي وضمن البدل فلان الحاصل
للمدعى عليه ليس الا البراءة لانه ان كان عن اقرار يكون اسقاطا للدين وان كان عن انكار
يكون اسقاطا للخصومة وعلى التقديرين ليس الحاصل للمدعى عليه الا براءة الذمة
وفي حق البراءة الاجنبي والمدعى سواء لان الساقط يتلاشى ومثله لا يختص باحد
فيصلح ان يكون الفضولي الاجنبي اصيلا في هذا الضمان اذا اضافه الى نفسه
كالزوج اذا خالع امراته مع اجنبي فضولي من جانب المراة وضمن الاجنبي بدل الخلع
فانه يصح فكذا هنا ثم يكون ذلك الفضولي متبرعا على المدعى عليه ولا يرجع عليه
شيء كما لو تبرع بقضاء الدين فانه يصح ولا يرجع على المديون بشيء بخلاف ما اذا
كان بامره فانه لا يكون متبرعا ويرجع عليه بما اداه ولا يملك هذا المصالح الدين
المدعى به بما اداه للدين لانه كان بطريق الاسقاط لا بطريق المبادلة لم يبق شيء
حتى يثبت له بعد ذلك سواء كان الخصم مقرا او منكرا اما اذا كان منكرا فظاهر لانه
في زعمه انه لا شيء عليه وزعم المدعي لا يتعدى اليه واما اذا كان مقرا فبالصلح كان ينبغي
ان يصير المصالح الفضولي مشتريا ما في ذمته بما ادى الا ان شراء الدين من غير من عليه الدين
تمليك له وذلك لا يجوز بخلاف ما اذا كان المدعى به عينا والمدعى عليه مقرا فان المصالح

ح يصير مشتريا لنفسه اذا كان فضوليا لان شراء الشيء من مالكه صحيح وان كان في يد غيره
واما في الثاني وهو ما اضاف الصلح الى ماله فلانه لما اضاف الى مال نفسه فقد التزم تسليمه
فصح الصلح ولزم تسليمه واما في الثالث والرابع وهو ما اشار الى عوض او نقد بلا اضافة
الى نفسه فلانه لما عينه للتسليم صار شارطا السلامة له فيتم بقوله ولو استحق العبد
او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم
شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم لم يرجع بشيء بخلاف ما اذا صالح
على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل
نفسه اصيلا في حق الضمان حتى يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه رجع عليه ببدله اذ النقود
لا تتعين بالعقود واما في الخامس وهو ما اطلق وسلم فلان التسليم اليه يوجب سلامة العوض
له فيتم العقد لحصول مقصوده وكان اي المصالح الفضولي متبرعا على المدعى عليه في الصور
المذكورة كلها لا كما زعم صاحب الدرر من انه انما يكون متبرعا في الصورة الخامسة اذ لا وجه
لتخصيص التبرع لها واذا كان متبرعا لا يرجع على المدعى عليه بشيء اصلا على ما ذكرناه وان
اطلق الفضولي عن الاضافة الى نفسه وعن الاشارة وعن الضمان ولم يسلم توقف
الصلح فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه اي المدعى عليه البدل لانه باجازته صار كانه
المصالح ابتداء والا اي وان لم يجز بطل لان المقصود من الصلح سلامة العوض للمدعي
واذا لم يجز لم يسلم له العوض ولم يسقط الخصومة على المدعى عليه فبطل الصلح هذا
اختيار بعض المشايخ منهم صاحب الهداية وقال بعضهم انه ينفذ على المصالح الفضولي
بمنزلة قوله صالحني على الفي والتوقف على اجازة المدعى عليه فيما اذا قال صالح فلانا على
الف درهم من دعواك عليه فان فيه يوقف على اجازة المدعى عليه فان اجاز جاز
وان رد بطل واعلم ان صلح الفضولي لا يخلو من خمسة اوجه سواء كان المدعى به
عينا او دينا والمدعى عليه منكرا او مقرا على ما ذكره في صلح قاضيخان فيه قال في الفصل
الثاني من رجل ادعى على رجل فصالح . فهذا على وجهين اما ان كان المدعى به
دينا او عينا وكل ذلك على وجهين اما ان صالح الاجنبي بامر المدعى عليه او بغير امره

امره فان ادعى دينا فانكر المدعى عليه فصالح الاجنبي فهو على خمسة اوجه احدها ان يقول
الاجنبي للمدعي صالح فلانا عن دعواك على الف درهم او يقول صالحتك عن دعواك
على فلان على الف درهم او يقول صالحني عن دعواك على فلان على الف درهم او يقول
صالح فلانا على الف درهم من مالي او على الفي هذه او على الف درهم على اني ضامن لها
فان قال الاجنبي صالح فلانا عن دعواك على الف درهم فقال المدعي صالحت توقف
الصلح على اجازة المدعى عليه ان اجاز جاز وان رد بطل يخرج الاجنبي من البين
لان الاجنبي لم يضف الصلح الى نفسه ولا الى ماله ولم يضمن وصلح الفضولي لا ينفذ
عليه الا باحد هذه الامور الثلاثة فاذا لم يوجد شيء من ذلك توقف واما اذا
قال الاجنبي للمدعي صالحتك من دعواك على فلان على الف درهم اختلف فيه المشايخ
قال بعضهم هذا والاول سواء لانه وان اضاف الصلح الى نفسه فمنفعة الصلح يعود
الى المدعى عليه والاضافة الى نفسه يحتمل النيابة والوكالة وغير ذلك فكان
العقد مع المدعى عليه وقال هذا بمنزلة قوله صالحني من دعواك فلان على الف درهم
وثمة ينفذ الصلح عليه ويلزمه المال على كل حال لانه اضافه الى نفسه بحرف الياء
ولو قال صالح فلانا على الف درهم من مالي او على الفي هذه او على اني ضامن ففي هذه
الوجوه الثلاثة ينفذ الصلح على الاجنبي ويلزمه المال ولا يرجع بذلك على المدعى
عليه اذا لم يكن بامر المدعى عليه هذا كله اذا كان المدعى عليه منكرا والصلح لم يكن
بامر المدعى عليه فان صالح الاجنبي بامره وهو منكر فهو على خمسة اوجه ايضا
ان قال المامور للمدعي صالح فلانا عن دعواك على الف درهم نفذ الصلح على المدعى عليه
لانه صالح بامره وان قال المامور صالحتك على الف درهم اختلف المشايخ فيه على
نحو ما قلنا اذا كان الصلح بغير امر المدعى عليه عند البعض ينفذ الصلح على المدعى عليه
لانه صالح بامره وان قال صالح فلانا على الف درهم على اني ضامن نفذ الصلح على المدعى عليه
والمدعي بالخيار ان شاء طالب المدعى عليه بالبدل وان شاء طالب المصالح بحكم الكفالة
بخلاف ما اذا لم يكن مامورا في هذا الوجه فان ثمة ينفذ الصلح على المصالح ولا يرجع

على المدعى عليه كما عرفت هذا كله اذا كان المدعى عليه منكرا فان كان مقرا بالدين فصالح الاجنبي
بغير امره فهو على خمسة اوجه ايضا ان قال الاجنبي صالحني فلانا على الف يتوقف الصلح
على اجازة المدعى عليه وان قال صالحتك اختلف المشايخ فيه ايضا على الوجه الذي ذكرنا
وان قال صالحني الف درهم نفذ الصلح على الاجنبي ويلزمه المال ولا يرجع على المدعى عليه
لانه اوجب المال على نفسه لاسقاط اليمين على المدعى عليه وان قال صالح فلانا على
الف من مالي ينفذ الصلح عليه ويلزمه المال ولا يرجع على المدعى عليه ايضا وان قال صالح
فلانا على الف على انه ضامن يتوقف ذلك على اجازة المدعى عليه لان قوله على اني
ضامن يحمل على الكفالة بخلاف ما اذا كان المدعى عليه منكرا هذا اذا كان المدعى عليه مقرا
بالدين والاجنبي غير مامور بالصلح فان كان مامورا به فهو على خمسة اوجه ايضا وحكم
كل من الوجوه مذكور في قاضيخان هذا كله اذا كان المدعى به دينا فهو على وجهين
اما ان كان المدعى عليه مقرا او منكرا وتفصيل كل منهما مذكور في قاضيخان فارجع اليه

باب الصلح في الدين لما ذكر الصلح عن عموم الدعاوي اراد ان يذكر الصلح
عن دعوى الدين لاختصاص ببعض الاحوال ذكره في هذا الباب لان الخاص بعد العام
اعلم ان الصلح في الدين صحيح سواء كان الدين للحي او للميت او للصغير على آخر او كان الدين
عليهم على ما اشار اليه باطلاقه وقال في السابع والعشرين من العمادي الوصي اذا
صالح عن حق الميت او عن حق الصغير على رجل فان كان المدعى عليه مقرا بالمال
او عليه بينة او كان قضى عليه بذلك لا يجوز صلح الوصي على اقل من الحق
وان لم يكن كذلك يجوز ولو صالح الوصي عن حق يدعي انسان على الميت او على
الصغير ان كان للمدعي بينة على دعواه او علم القاضي بذلك او كان قضى بذلك
جاز الصلح وان لم يكن كذلك لا يجوز وفي مبسوط السيد ابي شجاع اذا كان للصغير
دين فصالحه ابوه او وصيه على بعض وحط عنه ان كان الدين وجب بمعاقدة
الاب والوصي يصح الحط ويضمن عند ابي ح ومحمد كالوكيل اذا ابرأ المشتري عن
الثمن وان لم يكن بمعاقدته لا يصح لانه تبرع بمال الصبي ولو صالح عن الدين على

على مال الخزانة كان بقيمته او اقل بما يتغابن الناس فيه يجوز وذكر الفقيه ابو الليث
اذا ادعى رجل على صبي حقا في داره او في عبده دعوى فصالحه الاب فهو على وجهين
اما ان يكون للمدعي بينة او لم يكن فان كانت جاز صلح الاب من مال ولده بمقدار
قيمة المدعى او بزيادة قليلة يتغابن الناس فيها لانه بمنزلة البيع ويجوز بيع
الاب مال الصغير بمقدار القيمة او بزيادة قليلة ولو صالح على مال نفسه يجوز
قليلا كان او كثيرا وان لم يكن للمدعي بينة لا يجوز الصلح الا من مال الاب ولو كان
للصبي دين على رجل او دعوى فصالحه الاب على مال قليل فان كان لا بينة له والآخر
منكر جاز صلحه وان كان الدين ظاهرا بالبينة او بالاقرار فان صالحه على محاباة
يتغابن الناس في مثلها جاز بمنزلة البيع وان حط مقدار ما لا يتغابن فيه لا يجوز
وان كان الدين وجب بمعاقدة الاب جاز صلحه على نفسه ويضمن للابن مقدار
الدين عند ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف لا يجوز والوصي في جميع ما ذكرنا كالاب
ولو كانت الورثة صغارا وكبارا او كانت دعواهم في دار فصالح الوصي بمقدار ما
يتغابن الناس في مثله جاز عند ابي ح في نصيبهم جميعا وقالا لا يجوز الا في
نصيب الصغار خاصة وهو نظير الاختلاف في البيع ولو كانت الورثة كلهم كبارا
لا يجوز صلح الوصي في شيء الا اذا كانوا غيبا جاز صلح الوصي في العروض ولا يجوز
في العقار ولو كانت الورثة كلهم صغارا فادعى انسان في دار هو دعوى وصالحه
الوصي من اموالهم على شيء فان لم يكن للمدعي بينة لا يجوز الصلح وان كانت
له بينة جاز بمقدار ما يتغابن الناس فيه هذا كله ما ذكره في العمادي ثم قال فيه
ولم يذكر في الكتاب ان البينة قامت عند القاضي او عند الوصي فلو قامت عند
القاضي فلا يشكل ان للوصي ان يصالح من ذلك لانه قد ظهر حق المدعي في المدعى
ولو قامت عند الوصي خاصة تكلم المشايخ فيه وذكر عن شداد بن حكيم انه
كان يقول اذا ادعى رجل على الميت دينا وعرف الوصي ذلك باقرار الميت او بشهادة
شهود شهدوا عليه كان له ان يقضي الدين وذكر عن خلف بن ايوب انه كان

يقول ان ثبت عنده بالاقرار فانه يقضي وان كان بالشهادة فلا يقضي وروى عن عيسى بن ابان
انه قال لا يقضي في الوجهين فكذلك في هذه المسئلة انكان الشهود شهدوا عند الوصي خاصة
فيخرج على هذا الاختلاف ولو انتفى الصلح عما استحق المدعي على المدعى عليه بعقد المداينة قيد به
وان كان حكم الغصب كذلك حملا لامر المسلمين على الصلاح على بعض جنسه اخذ لبعض حقه
واسقاط لباقيه تصحيحا لتصرف العاقل ما امكن فلو قال المدعي للمدعى عليه المنكر صالحتك
على مائة من الالف عليك كان ذلك اخذا منه لمائة وابراء عن تسعمائة قضاء لا ديانة الا
اذا زاد ابراتك كذا في القهستاني لا معاوضة لان جعله معاوضة يفضي الى الربا وهذا
سمي عليه فروع واليه اشار بقوله فلو صالح عن الف حال على مائة حالة او على الف موجل
صح بلا اشتراط القبض ففي الاول يحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط بعضه وفي
الثاني على التاخير الذي فيه معنى الاسقاط لان في اسقاط الحالة وهي حقه وكذا عن الف
جياد على مائة زيوف فيحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط بعضه وفي الثاني على
التاخير الذي فيه معنى الاسقاط لان فيه اسقاط الحالة وهي حقه وكذا عن الف جياد على مائة
زيوف فيحمل على انه استوفى بعض حقه واسقط بعضه مع صفته اعني الجودة لا يصح الصلح
عن دراهم على دنانير موجلة لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة حتى يحمل على التاخير
الذي فيه معنى الاسقاط تمام فتعين جعله معاوضة وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير
نسيئة فلا يجوز لما فيه من معنى الربوا او عن الف موجل على نصفه حالا لانه لا يمكن حمله
على الاسقاط لان المعجل لم يكن مستحقا بالعقد حتى يكون استيفاؤه استيفاء
لبعض حقه فيكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة مثله من الدين وصفة التعجيل في مقابلة
الباقي لانه يحوز النسيئة وذلك اعتياض عن الاجل بالحال وانه حرام او عن الف سود على
نصفه بيضاء ولو كان على عكس هذا جاز لان الاصل ههنا ان المستوفي اذا كان ادون من
حقه فهو اسقاط كما في العكس وان كان ازيد قدرا او وصفا فهو معاوضة لان الزيادة غير
مستحقة له فلا يمكن جعله استيفاء لحقه فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة
وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود كما اذا صالح عن الف درهم

درهم نبهرجة على الف درهم بخية لان البخية اجود من النبهرجة فانه جائز لانه معاوضة
المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة فيجوز الا انه يعتبر القبض في المجلس وهذا لان الجودة اذا وقعت
في مقابلة ما كان ربوا كما في مسئلة الكتاب واما اذا لم يقع كما في هذه المسئلة يكون صرفا والجيد
والردي فيه سواء يدا بيد ولو صالح عن الف درهم ومائة دينار على مائة درهم حالة او موجلة
صح لانه امكن جعله اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة ان كانت حالة واسقاطا
وتاجيلا للباقي ان كانت موجلة تصحيحا ولان معنى الاسقاط فيه الزم لا تصح الصلح على
الحطيطة والحط ههنا اكثر فيكون الاسقاط الزم منه معنى المعاوضة ولو صالح عن الف
على طعام موصوف في الذمة موجلا لا يجوز لانه ليس باسقاط بل افتراق عن دين بدين
وبيع الكالي بالكالي قال في البزازية باع عبدا بالف سود فصالحه على الف ومائة نبهرجة
لم يجز وكذا اذا صالحه على كيلي او وزني موصوف في الذمة لانه بيع لانه قوبل بالدين وبيع
ما ليس عنده لا يجوز وان نقده في المجلس وان ذكر شرائط السلم ايضا لان راس المال دين وان
قال من له على اخر الف حالة اد غدا نصفه على انك بري من باقيه ففعل اي ادى نصفه
برأ من الباقي والا فلا يبرأ عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف قال لا يعود الالف لانه ابراء
مطلق اذ ليس فيه ما يقيده الا جعل اداء نصفه عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي
على والاداء لا يصلح عوضا لان حد المعاوضة ان يستفيد كل واحد ما لم يكن قبلها والاداء مستحق
عليه لم يستفد به شيء لم يكن فجرى وجوده او وجود جعل الاداء عوضا مجرى عدمه
فبقي الابراء مطلقا وهو لا يعود كما اذا بدأ بالابراء بان ابراتك عن خمسمائة من الالف على ان
تؤدي غدا خمسمائة ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط والمقيد بشرط يفوت عند فواته
لبقائه على العدم الاصلي وانما كان هذا مقيدا بالشرط لانه بدأ باداء نصفه في الغد وانه
يصلح غرضا حذرا افلاسه او توسلا الى تجارة اربح فصلح ان يكون شرطا من حيث
المعنى وكلمة على وان كانت للمعاوضة لكن يحتمل معنى الشرط ايضا لوجود معنى المقابلة
فيه فان فيه مقابلة الشرط بالجزاء كما كان بين العوضين وقد تعذر العمل بمعنى المعاوضة
فيحمل على الشرط تصحيحا لتصرفه ما امكن ولان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف والمعروف

عرفا كالمشروط شرطا فصار كما لو قال ان لم تنقد غدا فلا صلح بيننا فان قيل ان تعليق الابراء
عن الدين بالشرط باطل على ما تقدم والتقييد بالشرط تعليق به فلا يجوز التقييد به قلنا
انا لا نسلم اتحادهما لان التقييد بالشرط لا يستعمل فيه اداة الشرط صريحا والتعليق به
يستعمل فيه ذلك ولان الحكم في التقييد به ثابت في الحال على عرضية ان يزول عند انتفاء الشرط
وفي التعليق به الحكم غير ثابت في الحال وهو بعرضية ان يثبت عند وجود الشرط فتغايرا
ومعنى فلا يلزم من صحة التقييد به صحة التعليق به والاصل فيه ان في الابراء معنى الاسقاط
ومعنى التمليك وتعليق الاسقاط المحض بالشرط جائز كتعليق الطلاق والعتاق وتعليق
التمليك غير جائز كتعليق البيع والهبة على ما تقدم والابراء له شبه بهما فوجب العمل بالشبهين
بقدر الامكان فقلنا لا يحتمل التعليق بالشرط عملا بشبه التمليك وذلك اذا كان بحرف
الشرط ويحتمل التقييد به عملا بشبه الاسقاط وذلك اذا لم يكن ثمة حرف شرط وليس
فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيدا بشرط يفوت عند فواته فصار كالحوالة فان
براءة المحيل مقيد بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مفلسا عاد الدين الى المحيل
وجواب ابي يوسف عن قوله كما اذا بدا بالابراء يظهر عند قوله الآتي وان قال ابرأتك
من نصفه وان قال صالحتك عن الالف على نصفه على انك ان لم تدفع غدا النصف
فالالف عليك لا يبرأ اذا لم يدفع النصف غدا اجماعا لانه اتى بصريح التقييد بالشرط
فيعمل به بخلاف الاولى الخلافية اذ لم يصرح فيه التقييد بالشرط هذا تفصيل ما ذكره
في البزازية نقلا عن الجامع الصغير قال ادّ الي غدا خمسمائة على انك بريء من الباقي على
انك ان لم تعطني خمسمائة غدا فالالف عليك على حاله فالامر كما قال انتهى وان قال ابرأتك
من نصفه على ان تعطيني نصفه غدا بريء من نصفه اعطى او لم يعط لانه اطلق الابراء
اولا لحصول الابراء مطلقا ثم اعطاه نصفه لا يصلح عوضا لما ذكرناه في المسئلة الاولى
ولكنه يصلح شرطا مقيدا له مزيلا لاطلاقه فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يقيد به لان السابق
لان الثابت اولا لا يزول بالشك بخلاف المسئلة الاولى فانه بدأ فيها باداء النصف ثم
الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا على ما ذكرناه ثم يقع مطلقا ومن

ومن حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا فظهر فساد
قياس ابي يوسف المسئلة الاولى على هذه المسئلة وكذا لو قال اد الي نصفه على انك بريء
من باقيه ولم يوقت اي الاداء اي يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما
لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في مطلق الازمان فلم يتقيد
بل حمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا على ما مر بخلاف ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح
ولو قال ان اديت الي نصفه فانت بريء او اذا اديت او متى اديت لا يصح الابراء وان وصله
ادى لانه علق الابراء بالشرط صريحا وتعليق الابراء بصريح الشرط باطل لما فيه من معنى التمليك
حتى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح الشرط فيحمل على التقييد كما تقدم واعلم ان
الاصل في جنس هذه المسائل ان رب الدين في تعليق الابراء باداء البعض لا يخلو اما ان بدأ بالاداء
اولا فان بدأ به فلا يخلو اما ان يذكر معه بقاء الباقي على المديون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط
اولا فان لم يذكره فهو المسئلة الاولى وان ذكره فهي المسئلة الثانية وان لم يبدأ بالاداء
فلا يخلو اما ان بدأ بالابراء اولا فان بدأ به فهو المسئلة الثالثة وان لم يبدأ به فلا يخلو
اما بدأ بحرف الشرط اولا فان لم يبدأ فهو الرابع وان بدأ فهو الخامسة ومن قال سرا
لرب دينه لا اقر لك بمالك علي حتى تؤخره عني او تحط عني ففعل جاز كل من تاجيله
وحطه فلا يتمكن رب الدين من المطالبة في الحال ان اخره وابدا ان حط لانه ليس بمكره
في ذلك لتمكنه من اقامة البينة او التحليف وان اعلن اي ان قال المديون ذلك القول
علانية لزمه جميع المال للحال عملا بموجب قوله وقال في البحر لو ادعى الفا فجحد فقال
المدعي اقر لي بها على ان احط منها مائة او على ان حططت منها مائة فاقر جاز الحط
بخلاف قوله على ان اعطيتك مائة لان الاقرار لا يستحق به البدل ولو قال ان اقررت
لي حططت لك منها مائة فاقر صح الاقرار لا الحط كذا في المجتبى اقول قوله لان الاقرار
لا يستحق به البدل مختص بالدين ولا يتمشى في العين لما ذكره في البزازية المسروق منه
صالح السارق على ان يعطيه مائة درهم على ان يقر بالسرقة ان كان المسروق قائما
بعينه يصح والا فلا انتهى تتمة قال في البزازية لو برهن الطالب انه صالحه من الالف

الذي عليه على مأة وثوب وبرهن المطلوب على انه ابرأه من الدين يقضي ببرهان الطالب
عند ابي يوسف لانه يقبل في حق الثوب فيقبل في حق الثوب فيقبل في حق المأة ايضا
ولو برهن على الصلح على مأة وبرهن المطلوب على الابراء فبرهان المطلوب اولى لاثباته
الابراء قال ابو الفضل في المسئلة الاولى بينة الطالب تقبل في حق الثوب وبينة المطلوب
في حق البراءة حتى يحكم بالثوب لا بالمأة المديون بالالف لو برهن على ان الطالب صالحني
على اربعمأة على ان يؤديها اليه وابرأني الباقي وقال الطالب ابرأتك عن خمسمأة
وصالحت على خمسمأة وبرهنا ووقتا واحدا او وقتين او لم يوقتا فالبينة للمطلوب
في جميع ذلك لو قال الغريم حططت عنك خمسمأة من الالف التي عليك على ان تعطيني
الخمسمأة الباقية اول الشهر وقال المديون حططت بغير شيء فالقول للمطلوب لاقرار
الطالب بالحط هذا عند محمد وعن ابي يوسف ادعى دارا في يد رجل فصالحه على ماله
وسلم البدل ثم برهن المدعى عليه ان الدار له لا تقبل وان برهن على انه اشتراها من المدعي
قبل الصلح بطل الصلح ورد بدله اذ كل صلح وقع بعد الشراء لا يصح وان كان شراء بعد
شراء فالثاني احق وان برهن المدعى عليه بعد الصلح على انه كان صالحه قبل ذلك يصح الاول
ويبطل الثاني وكل صلح بعد صلح فالاول صحيح لا الثاني انتهى والاصل فيه ان كل عقد اعيد
وجدد فان الثاني باطل فالصلح بعد الصلح باطل كذا في المجتبى نقلا عن الفوائد الزينية
ويستثنى منه مسائل منها الشراء بعد الشراء فانه صحيح لكن اطلقه في الفصولين
والبزازية وقيده في القنية بان يكون الشراء الثاني اكثر ثمنا من الاول او بجنس آخر والا
فلا ومنها الكفالة بعد الكفالة صحيحة ومنها الاجارة فانها صحيحة ويكون الثانية
فسخا للاولى **فصل** في الدين المشترك وهو الذي يكون واجبا بسبب متحد كثمن
مال مشترك وموروث مشترك وقيمة مستهلك مشترك وثمن مبيع صفقة واحدة
بشرط ان يتساويا في قدر الثمن وصفته وقيد الصفقة بالوحدة احترازا عما اذا كان عبد
بين رجلين باع احدهما نصيبه من رجل بخمسمأة وباع الآخر نصيبه منه بخمسمأة وكتبا
عليه صكا واحدا بالف درهم ثم قبض احدهما منه شيئا لم يكن للآخر ان يشاركه فيه لان

لان نصيب كل واحد منهما وجب على المطلوب بسبب آخر فلا يثبت الشركة بينهما باتحاد
الصك وانما قلنا بشرط ان يتساويا لانهما لو باعاه صفقة واحدة على ان نصيب
فلان منه مأة ونصيب الآخر خمسمأة ثم قبض احدهما منه شيئا لم يكن للآخر ان يشاركه
فيه لان تفريق التسمية في حق البايعين كتفريق الصفقة بدليل ان للمشتري ان يقبل
البيع في نصيب احدهما وكذلك لو شرط احدهما ان يكون نصيبه خمسمأة بخية ونصيب
الآخر خمسمأة سود لم يكن للآخر ان يشاركه فيما قبض لان التسمية تفرقت وتميز
نصيب احدهما عن الآخر وصفا فلا بد في كون الدين مشتركا بينهما من القيود التي
ذكرناها اذا عرفت هذا فاعلم انه ان صالح في الدين المشترك عن نصفه على ثوب
فلشريكه ان يتبع المديون بنصفه اي بنصف الدين او يأخذ نصف الثوب الذي
شريكه صلحا الا ان يضمن له الشريك المصالح ربع الدين فانه لا خيار له بين الاتباع
والاخذ بل يتعين له اخذ الربع من القابض والاصل في هذا ان الدين المشترك بين
اثنين اذا قبض احدهما منه شيئا فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض لان الدين ازداد خيرا
بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض والنقد خير من النسيئة وهذه الزيادة
راجعة الى اصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة في ذلك لانه من
اصل حقه فكذا ههنا فان قيل لو كانت زيادة الدين بالقبض والنقد كزيادة الثمرة
والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لاحد الشريكين التصرف في الولد والثمرة
بغير اذن الآخر قلنا ان المقبوض قبل ان يختار الشريك مشاركة القابض فيه باق
على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة لان الديون تقضى بامثالها وقد قبضه
بدلا عن حقه فيملكه وينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته وان قبض احد الشريكين
شيئا من الدين شاركه شريكه فيه بما ذكرناه في الاصل وان شاء اتبعا اي رجعا الغريم بما بقي
لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد من بقاء الباقي على ما كان من الشركة وان اشترى احد
الشريكين بنصيبه من الدين شيئا اي ثوبا مثلا ضمنه شريكه الآخر ربع الدين او تبع
الغريم وليس الشريك المشتري مخيرا بين دفع ربع الدين ودفع نصف الثوب الذي

اشتراه مكما كان مخيرا بينهما في صورة الصلح على ما سبق وذلك لانه استوفى
نصيبه من الدين بالمقاصة كملا من غير حطيطة اصلا لان مبنى البيع على المماكسة
ومثله لا يتوهم فيه الحطيطة والاغماض بخلاف الصلح لان مبناه على الحطيطة والاغماض
فلو الزمناه في الصلح تضمين ربع الدين البتة بلا تخيير يتضرر فيخير القابض فيه لان
يضمن له على ما سبق وليس للشريك الاخر ههنا سبيل على الثوب الذي اشتراه لانه ملكه
بعقده فان قيل سلمنا انه ملكه بعقده لكنه انما ملكه ببعض دين مشترك وذلك
يقتضي الاشتراك في المقبوض قلنا لا نسلم ان الاستيفاء وقع بالدين المشترك بل انما
وقع بما يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذ البيع يقتضي ثبوت الثمن في ذمة المشتري فان
قيل انه اضاف الشراء عند العقد الى ما على الغريم من نصيبه على ما دل عليه ظاهر عبارة
الكتاب فكيف يقع الاستيفاء بما يخصه من الثمن لا بنصيبه اجيب بانه على تقدير تحقق
هذه الاضافة عند العقد لا ينافي ما ذكر لان النقود عينا كانت او دينا لا تتعين في العقود
بخلاف الصلح فانه لا يلزم به في ذمة المصالح شيء يقع المقاصة به فتعين ان يكون
المأخوذ من الدين المشترك فكان للشريك سبيل من المشاركة فيه ومن ابرأ عن
نصيبه من الدين المشترك او قاص من المقاصة الغريم بدين سابق يعني اذا كان على احد
الشريكين دين للغريم قبل الدين المشترك وتقاصا لا يضمن لشريكه اما في صورة الابراء
فلانه اتلاف واسقاط وليس بقبض حتى يضمن واما في صورة التقاص فلانه
قاص بنصيبه لا مقتص بناء على ما تقرر ان اخر الدينين قضاء عن اولهما اذ العكس
يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبق الوجوب واذا لم يكن مقتضيا
لم يلزمه الضمان واعلم انه يكفي في المقاصة اقرار الدين السابق ولا يلزم بلفظ
المقاصة لما قال في البزازية باعا من رجل عبدا لهما بالف فاقر احدهما انه كان للمشتري
عليه خمسمائة قبل البيع برئ المشتري من حصة المقر ولا شيء عليه لشريكه بخلاف ما
لو قبض من الدين شيئا فانه يشاركه انتهى وهبة نصيبه من الدين وكل ما يسقط
نصيبه من الدين مثل الابراء في عدم الضمان لشريكه لما في البزازية ايضا ولو ابراه من

من نصيبه او وهبه او جنى عليه جناية موجبة للارش حتى سقط به الدين
لم يكن لشريكه وكذا لو صالحه عن العمد الموجب للقصاص على مال ولو افسد له متاعا
حتى صار مستوفيا ففي رواية ابي سليمان لا يشاركه بلا خلاف وفي رواية ابي حفص
يشاركه عند محمد كما لو غصب منه شيئا يساوي حصته انتهى وان ابرأ عن البعض
من نصيبه قسم الباقي من الدين على سهامه اي سهام كل منهما من الدين حتى
لو كان لهما على المديون عشرون درهما فابرأ احد الشريكين عن نصف نصيبه
كانت المطالبة له بالخمسة وللساكت بالعشرة وان اجل نصيبه لا يصح عند
ابي ح خلافا لابي يوسف وقول محمد مضطرب ذكره صاحب الهداية مع ابي ح وغيره مع ابي يوسف والامر فيه سهل ولابي يوسف انه يملك الابراء المطلق فكذلك التاجيل
لانه ابراء مقيد ولانه لو اخر تاجيل نصيبه يصح على ما في غاية البيان فكذلك يصح
انشاؤه لان الانشاء يعتبر بالاخبار ولابي ح انه يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز
احد النصيبين عن الاخر باتصاف احدهما بالحلول والاخر بالتاجيل وقسمة الدين
قبل القبض لا يجوز لانه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن
بعض ولان في قسمة الدين عليك كل واحد منهما نصف نصيبه من شريكه
عوضا عما يتملكه عليه وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز لان في ذلك
نقلا للعرض من محل الى محل آخر قصدا والانتقال على الاعراض محال على ما بين
في الكلام فان قيل ان ابراء احدهما عن نصيبه جائز لا محالة على ما تقدم
وذلك يوجب التمييز بكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيلزم قسمة الدين
قبل القبض قلنا ان القسمة يقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة
الابراء فلا قسمة فيها ولو غصب احد الشريكين من الغريم عينا او اشتراه شراء
فاسدا وهلك في يده فهو قبض فلشريكه ان يتبعه لان ضمان الهالك قضاء
بقدره من الدين وهو اخر الدينين فيصير قضاء من الغريم واقتضاء
من الطالب وكذا لو استاجر احدهما من الغريم بنصيبه دارا وسكنها فاراد

شريكه اتباعه له ذلك ايضا لانه صار مقتضيا نصيبه وقد قبض ماله حكم المال
من كل وجه لان ما عدا منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجه عند ورود
العقد عليها وكذا لو احرق احدهما متاع الغريم بان رمى عليه النار فاحرقه فانه
يصير قبض النصيبه من الدين لو ساوى نصيبه عند محمد خلافا لابي يوسف ولمحمد
ان الاحراق اتلاف لمال مضمون وكان كالغصب والمديون صار قاضيا النصيبه بطريق
المقاصة فيجعل المحرق مقتضيا لما ذكرناه ولابي يوسف انه متلف نصيبه من الدين
بما صنع لا قابض فلا يرجع لشريكه عليه شيء كما لو جنى على نفس المديون بما يوجب القصاص
حتى سقط نصيبه من الدين فان شريكه لا يرجع عليه شيء فكذا ههنا ولو اخذ الثوب
من الغريم ثم احرقه فان شريكه ان يتبعه بالاجماع لان الضمان ثم حصل بالقبض
قبل الاحراق فيستند اليه فيملكه من ذلك الوقت ولو كان لهما دين على امرأة
وتزوج احدهما تلك المرأة بنصيبه من الدين عليها لم يرجع عليه الشريك في ظاهر
الرواية لانه لم يقبض من نصيبه شيئا مضمونا يقبل الشركة فانه يملك به البضع
وانه ليس بمال متقوم ولا مضمون على احد فكان كالجناية وعن ابي يوسف انه يرجع
عليه لوجود القبض بطريق المقاصة والصحيح هو الاول لانه اتلاف كذا في الزيلعي وروى
عن بشر ان ابا يوسف رجع الى الاول ولو استقرض احدهما من الغريم او اشترى منه
بعد ثبوت الدين لهما يشاركه الاخر فيه كذا في البزازية وقال في قاضيخان رجلان
لهما على رجل الف درهم ان لم يكن الدين واجبا بعقد احدهما بان ورثا دينا مؤجلا
من رجل فصالحه على احد مائة معجلة على ان اخر عنه ما بقي من حصته وهو اربعمائة
فالمائة المقبوضة يكون بينهما وتاخير حصته وذلك اربعمائة باطل في قول ابي ح
حتى لو قبض الشريك الاخر شيئا كان للمؤخر ان شاركه في المقبوض وعلى قول ابي يوسف
ومحمد تاخيره في حصته جائز وان كان دينهما واجبا بادانة احدهما بان كانا
شريكين شركة عنان فان اخر الذي ولي الادانة صح تاجيله في جميع الدين وان
اخر الذي لم يباشر الادانة فعلى قول ابي ح لا يصح تاخيره في حصته وعلى قولهما يصح

يصح وان كانا متفاوضين فاجل احدهما دينا كان من المفاوضة صح تاجيله عند
الكل ايها اجل انتهى وبطل صلح احد ربي السلم عن نصيبه على ما وقع دفع من راس المال
خلافا لابي يوسف يعني اذا اسلم رجلان رجلا في كر حنطة فصالح احدهما
مع المسلم اليه على ان ياخذ نصيبه من راس المال المدفوع ويفسخ عقد السلم في
نصيبه لم يجز عند ابي ح ومحمد الا باجازة الاخر فان اجاز جاز وكان المقبوض
من راس المال مشتركا بينهما وما بقي من السلم مشتركا بينهما وان لم يجز فالصلح
باطل وقال ابو يوسف انه جائز بلا توقف على اجازة الاخر اعتبارا بسائر الديون
فان احد الدائنين اذا صالح المديون عن نصيبه على بدل جاز وكان الاخر مخيرا
على ما تقدم فكذا هذا ولهما وجهان احدهما انه لو جاز فاما ان جاز في نصيبه
خاصة او في النصف من النصيبين فان كان الاول لزم قسمة الدين قبل القبض
وهو باطل على ما تقدم وان كان الثاني فلا بد من اجازة الاخر لتناوله بعض نصيبه
والثاني انه لو جاز الصلح لشاركه في المقبوض من راس المال لان الصفقة واحدة
وهي مشتركة بينهما واذا شاركه فيه يرجع المصالح على من عليه الدين بالقدر الذي قبضه
الشريك وقد كان ساقطا بالصلح ثم عاد بعد سقوطه وهو باطل فان قيل ان هذا
المعنى موجود في الدين المشترك ايضا اذا استوفى احدهما نصيبه فاذا شاركه شريكه
في النصف رجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه اجيب بانه
اخذ بدل الدين واخذه يؤذن بتقرير المبدل لا بسقوطه بل يتقاصان ويثبت لكل واحد
منهما دين في ذمة صاحبه لان الديون تقضى بامثالها وفي السلم يكون فسخا والمفسوخ
لا يعود بدون تجديد السبب قالوا هذا الاختلاف انما هو اذا اختلطا راس المال
وعقدا عقد السلم واما اذا لم يختلطا فقال بعضهم هو على هذا الاختلاف ايضا
وبعضهم ان الصلح فيه جائز بالاتفاق هذا وهل يصح صلح كفيل السلم ففي قاضيخان
والكفيل بالسلم اذا صالح الطالب على راس المال لا يصح ذلك في قول ابي ح ومحمد لان
الصلح على راس المال اقالة والكفيل لا يملك الاقالة ولو صالح الكفيل الطالب عن طعام

فصالح احدهما على نصيبه لا الاخر بعقد ... فهو باطل لانه كالبيع دين السلم قبل قبضه باطل لا عقد لا التقابل بالعوض

من جنس السلم الا انه دون السلم في الجودة جاز ويرجع هو على المسلم اليه بالجيد
وان صالح الطالب الكفيل على غير جنس السلم لا يصح ولو صالح الكفيل الاصيل على غير جنس
السلم جاز انتهى وان اخرج الورثة احدهم عن عرض او عقار بمال او عن احد النقدين
بالآخر او عنهما بهما صح قل البدل او كثر اي اذا كانت التركة بين الورثة عقارا او عرضا
او مختلطين واخرجوا احدهم بطريق الصلح على مقدار معين من ذلك المال او كانت
التركة ذهبا واخرجوا احدهم بالفضة او فضة واخرجوا احدهم بالذهب او كانت ذهبا
وفضة واخرجوا احدهم بالذهب والفضة صح في الكل قل ما اعطوه او كثر لانه امكن
تصحيحه بيعا والبيع يصح بالقليل من الثمن والكثير ولم يصح جعله ابراء لان الابراء
عن الاعيان غير المضمونة لا يصح لكن هذا الصلح جاز على اطلاقه فيما اذا كانت التركة
عقارا او عرضا غير مقيد بلزوم التقابض واما اذا كانت نقودا فلا بد من التقابض
في المجلس لكونه صرفا الا ان الوارث الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا لكونها
في يده يكتفي بقبضه السابق لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح لكونهما مثلين
والشيء ينوب عن مثله وان كان مقرا فلا بد من تجديد القبض بان ينتهي الى مكان
يتمكن من قبضه بالتخلية لانه ح قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح لكونه دونه
والشيء لا ينوب عما فوقه وانما ينوب عن مثله وعما دونه كذا في الهداية وشروحه
ولو ظهر في التركة عين بعد التخارج هل يدخل تحت الصلح ففي فصل التخارج من البزازية
انه لو ظهر في التركة عين بعد التخارج لا رواية في انه هل يدخل تحت الصلح ام لا ولقائل
ان يقول يدخل ولقائل ان يقول لا يدخل ثم قال فيها بعد ورقة صالح احد الورثة وابرأ
ابراء عاما ثم ظهر في التركة شيء لم يكن وقت الصلح لا رواية في جواز الدعوى لقائل
ان يقول يجوز دعوى حصته منه وهو الاصح ولقائل ان يقول لا وفي لو ابرأ احد الورثة
الباقي ثم ادعى التركة وانكروا لا تسمع دعواه وان اقروا بالتركة امروا بالرد عليه انتهى واعلم
انهم قالوا لا تخارج الورثة بعضهم بعضا بطريق الصلح يصح بيعا واعترض عليه بانه لو كان
بيعا لشرط معرفة مقدار حصته من التركة لان جهالة المبيع يفسد البيع واجيب عنه

عنه بان الجهالة المفضية الى النزاع هو المفسد للبيع لامتناعه عن التسليم الواجب بمقتضى
البيع وما نحن فيه لا يحتاج الى التسليم لكونه في يد المشتري اعني بقية الورثة فلا يفضي
الى المنازعة فلا يشترط ان يكون اعيان التركة معلومة وصار هذا كمن اقر انه غصب
من فلان شيئا واشتراه من المغصوب له جاز البيع وان لم يعلما مقداره لعدم احتياجه
الى التسليم والتسلم وفي جواز التخارج مع جهالة المصالح عنه اثر عثمان على ما روي
في محله وعن نقدين وغيرهما من العروض والعقار يعني لو كانت التركة نقدين وغيرهما
واخرجوا احدهم باحد النقدين لا يصح الا ان يكون المعطى اكثر من نصيبه من ذلك
الجنس اي جنس المعطى ليكون نصيبه بمثله والزيادة لحقه من بقية التركة من العروض
والعقار ولا بد من التقابض فيما يقابل حصته من احد النقدين لانه صرف في هذا القدر
ولو لم يكن المعطى اكثر فاما ان يكون مساويا لنصيبه او اقل او لا يعلم مقدار نصيبه ففي
الكل بطل الصلح للربوا اما اذا كان مساويا فلزيادة العروض وفيما اذا كان اقل فلزيادة العروض
وبعض الدراهم وفيما اذا كان مجهولا ففيه شبهة الربوا فتعذر تصحيحه بطريق البيع والمعاوضة
ولا يصح بطريق الابراء ايضا لما ذكرناه انفا ان الابراء عن الاعيان غير المضمونة غير صحيح
كذا في الهداية وشروحه وقال في قاضيخان ان كان لا يعلم ان نصيب المراة من التركة اقل من
بدل الصلح او اكثر او مساو اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يفسد العقد على كل حال
سواء علم ان في التركة نقدا من جنس بدل الصلح او لم يعلم لان هذا عقد شك في جوازه
فلا يجوز بالشك والصحيح ما قاله الفقيه ابو جعفر ان الشك ان كان في وجود ذلك في التركة
يجوز العقد لان الثابت هنا شبهة الشبهة وشبهة الشبهة لا تعتبر وان علم وجود
ذلك في التركة لكن لا يدري ان بدل الصلح اقل من حصتها من دراهم التركة او اكثر او مثله
فسد العقد ههنا لان مقابلة الفضة بالفضة لا يجوز الا بشرط التساوي فاذا وقع
الشك في التساوي لا يجوز كما لو باع الفضة بالفضة مجازفة وهكذا في البزازية ايضا
هذا واعلم ان بطلان الصلح على مثل نصيبه او اقل من الدراهم انما هو في حالة التصادق
اما اذا ادعت ميراث زوجها وانكر الورثة الزوجية فصالحوها على اقل من نصيبها

فنجعل بسند ربا او اقل فلا يصح الصلح
الصلح على المعاوضة

من المهر والميراث جاز ذلك لان المدفوع اليها لقطع المنازعة ولافتداء اليمين وليس
في ذلك ربوا على ما صرح به في العناية وقال في قاضيخان اذا صولحت المرأة عن ثمنها
وصداقها والورثة يقرون بنكاحها فان كان في التركة دين على الناس فصولحت عن الكل
على ان يكون نصيبها من الدين للورثة او صولحت عن التركة ولم يقل شيئا كان الصلح
باطلا لان تمليك الدين من غير من عليه الدين بعوض باطل واذا فسد العقد في حصة الدين
فسد في الباقي ايضا اما عند ابي ح لان مذهبه ان العقد اذا فسد في البعض لفساد مقارن
يفسد الكل واما عندهما فلان الدين ليس بمال حقيقة فاذا شرط في العقد تمليك ما
ليس بمال بطل في الكل كما لو جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة فان طلبوا تجويز
هذا الصلح على ان يكون نصيبها من الدين للوارث فطريق ذلك ان يشتري المرأة من الوارث
عينا من اعيان الوارث بمقدار نصيبها من الدين ثم يحيل الوارث على غريم الميت بحصتها
من الدين ثم يعقدون الصلح بينهم من غير ان يكون ذلك شرطا في الصلح فان صالحت
ورثة زوجها من اعيان التركة خاصة دون الدين فلا يخلو اما ان يكون بدل الصلح من الدراهم
او الدنانير وليست في التركة من جنس ذلك فهو جائز على كل حال او كان في التركة نقد من
جنس بدل الصلح بان كان في التركة دراهم فصولحت على دراهم ان كان بدل الصلح اكثر
من حصتها من دراهم التركة جاز والا فلا على ما تقدم بيانه ثم قال وقال الحاكم الشهيد
انما يبطل الصلح على اقل من حصتها من مال الربوا في حال التصادق اما في حال الجحود والانكار
يجوز الصلح لان المأخوذ في حالة الانكار لا يكون بدلا لا في حق الآخذ ولا في حق الدافع وان
اخرجوه بعرض جاز مطلقا قل العرض او كثر وجد التقابض في المجلس او لا كانت التركة
عرضا وعقارا او نقدا لعدم الربوا فيها والحاصل ان الصلح عن الدين ان كان بطريق
الابراء كما في الصورة التي ذكرت في باب الصلح في الدين لا يشترط فيه القبض في المجلس
وان كان بطريق البيع كما في الصورة المذكورة آنفا فان كان البيع صرفا يشترط فيه
القبض في المجلس والا فلا كما في هذه الصورة وفي البزازية ان في الموضع الذي صح التخارج
لو اراد الورثة ان يدعوا شيئا من الدين على رجل يقولون كان قضينا كذا فبعد التخارج

التخارج صالح لها ولو ظهر في التركة عين بعد التخارج لا رواية في انه هل يدخل تحت
الصلح ام لا لقائل ان يقول يدخل ولقائل ان يقول لا ثم قال بعد اسطر وبعد صحة التخارج
يقسم الباقي بينهم على سهامهم التي ظهر قبل التخارج انتهى هذا كله فيما اذا لم يكن في التركة
دين وان كان في التركة دين على الناس فاخرجوه اي اخرجوا احدهم ليكون الدين لهم
بطل الصلح في الدين والعين جميعا لان فيه تمليك نصيبه من الدين من غير من عليه
الدين وهو الورثة فيبطل فيه ثم يتعدى الى العين لاتحاد الصفقة سواء بين حصة الدين
او لم يبين عند ابي ح وكان ينبغي ان يجوز عندهما في غير الدين اذا بين حصته واصل الخلاف
فيما اذا جمع بين حر وعبد وشاة ذكية وميتة وباعهما صفقة واحدة وبين حصة كل
واحد منهما من الثمن بطل في الكل عنده وعندهما صح في العبد والذكية كذا في الزيلعي وذكر
في النهاية ان هذه المسئلة يعني مسئلة الصلح ترد نقضا على قول ابي يوسف ومحمد
فيما اذا اسلم حنطة في شعير وزيت فانهما قالا يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة
الشعير وهنا قالا يفسد في الكل قال هذا مما يحفظ ويمكن ان يقال في مسئلة الصلح فيما اذا
لم يبين ما يقابل كل واحد منهما وفي مسئلة السلم اذا بين توفيقا بينهما وتصحيحا لقاعدتهما
قلت فعلى هذا لا بد ان يحمل مسئلة الجمع بين الحر والعبد في البيع فيما سبق في كلام قاضيخان
على ما اذا لم يبين حصة كل منهما من الثمن والا فما ذكره قاضيخان في تلك المسئلة مخالف
لما ذكره الزيلعي وغيره من جواز البيع في حصة العبد واعلم ان معنى قوله بطل الصلح
ان رب الدين يبطله لان حكم الشرع ان يكون الدين على جميع الورثة كما في فصل التخارج
من البزازية وفيها ايضا لو لم يذكر في صلب التخارج ان في التركة دينا او لا فالصك صحيح
وكذا لو لم يذكر في الفتوى ولكن يستدل عن صحة التخارج يفتى بالصحة ويحمل على وجود
شرائطها كما ذكر في الفتاوى رجل باع ماله يفتى بالصحة وان احتمل انه غير عاقل والاصل
فيه ان المطلق يحمل على الكمال الخالي عن العوارض الاصل انتهى وان شرطوا براءة الغرماء
من نصيبه اي من الدين صح الصلح لانه يكون اسقاطا او تمليكا للدين ممن عليه
الدين وهو جائز وكذا اي يصح الصلح ان قضوا اي الورثة حصته منه اي حصة المصالح

من الدين تبرعا وفي الهداية وفي هذين الوجهين ضرر ببقية الورثة اما في الوجه الاول
فان بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء واما في الثاني فلانه لزم عليهم النقد
بمقابلة الدين والنقد خير من النسيئة اقول ان اراد ان الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء
بحصة المصالح فهو مسلم لكنه لا ضرر فيه وان اراد لا يمكنهم الرجوع مطلقا فهو ممنوع
هذا ولو قضى انسان غير الورثة حصته من الدين تبرعا صح الصلح ايضا وذكر الورثة اتفاقي
لانه قال في البزازية وان احب الورثة جواز هذا الصلح فالحيلة فيه استثناء الدين او تبرع
انسان بقضاء الدين ويكون متطوعا وسقط الدين عن الغريم بقدره ثم تصالحوا على ما
بقي من التركة انتهى او اقرضوه قدرها اي اقرض الورثة المصالح قدر حصته من الدين
او باعوه شيئا من اموالهم على ما تقدم هذه الحيلة من قاضيخان واحالهم اي احال
المصالح الورثة به اي بالقرض الذي اخذه من الورثة او بثمن المبيع الذي اشتراه منهم
على الغرماء وصالحوه عن غيره اي غير الدين من الاعيان التركة قال في الهداية وهذا
هو الاوجه في الحيلة وذلك لانه ليس فيه من الضرر ما في الاولين الا ان فيه ضرر
فان العين خير الدين فالاوجه في الحيلة ما ذكره بعض مشايخنا وهو ان يبيعوه
كفا من تمر او نحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء وهو مختار قاضيخان على ما
ذكرناه وفي صحة الصلح عن تركة هي اعيان غير معلومة ولا دين فيها لان حكم
التركة التي فيها دين سبق على مكيل او موزون اختلاف والاصح الجواز ان علم انها
غير المكيل او الموزون اذا كانت كلها في يد البقية قال في العناية ولو لم يكن في التركة
دين واعيانها غير معلومة فالصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا
وهو قول الامام ظهير الدين المرغيناني بان كان في التركة مكيل او موزون ونصيبه
من ذلك مثل بدل الصلح او اقل وقيل يجوز وهو قول ابي جعفر لاحتمال انه لا يكون في
التركة من ذلك الجنس وان كان فيحتمل ان يكون نصيبه من ذلك اكثر مما اخذ او اقل
ففيه شبهة الشبهة وليست معتبرة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون
لكنها اعيان غير معلومة فصالحوا على مكيل او موزون او غير ذلك فقيل لا يجوز لكونه

لكونه بيعا اذ لا يصح ان يكون ابراء لان المصالح عنه عين والابراء عن العين لا يجوز
واذا كان بيعا كانت الجهالة مانعة عنه وقيل يجوز وهو الاصح لانها ليست
بمفضية الى النزاع لقيام المصالح عنه في يد بقية الورثة فما ثمه احتياج الى التسليم
حتى يفضي الى النزاع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز
لاحتياجه الى التسليم انتهى ولا يخفى عليك ان كلام المصنف نسب الى الثاني من الخلافية
وانما قال والابراء عن العين لان الابراء عن دعوى العين صحيح على ما صرح به في القول
في الدين من اواخر الاشباه حيث قال فيه لا يصح الابراء عن الاعيان وعن دعواها يصح
فلو قال ابرأتك عن دعوى هذا العين صح الابراء فلا تسمع دعواه بها بعده ولو
قال برئت من هذه الدار ومن دعوى هذه لم تسمع دعواه وبينته ولو قال
ابرأتك عنها او عن خصومتي فيها فهو باطل وله ان يخاصم وانما ابراه عن ضمانه
كذا في النهاية من الصلح وفي كافي الحاكم من الاقرار لا حق لي قبله يبرأ من الدين
والعين والكفالة والاجارة والحد والقصاص وبه علم انه يبرأ من الاعيان في الابراء
العام لكن في مداينات القنية افترق الزوجان وابرأ كل واحد منهما صاحبه
جميع الدعاوى وكان للزوج بزر في ارضها واعيان قائمة فالحصاد والاعيان
القائمة لا يدخل في الابراء عن جميع الدعاوى انتهى كلام الاشباه فعلم منه
ان الابراء من العين صحيح عند بعض المشايخ مثل الابراء من الدين وعلم منه
ايضا ان معنى قولهم ان الابراء عن الاعيان لا يصح انه لا يملك بالابراء والا
فالابراء عنها لسقوط الضمان صحيح بالاتفاق حتى لو ابرأ من العين المغصوبة
برأ عن ضمانها وتصير امانة في يد الغاصب فلو هلك بعده لا يضمن
وقال في نوع الدفع من دعوى البزازية ولو برهن احد الورثة على اقرار الاخر
انه برأ من ميراث ابيه والميراث اعيان لا تقبل لعدم صحة الابراء عن
الاعيان انتهى وفي الخلاصة عن محمد لو قال الرجل لاخر ابرأتك من هذه الدار
او من خصومتي في هذه الدار او من دعواي او برأت من هذا الدار جاز

ولاحقوله فيها وفي واقعات الناطفي رجل قال لآخر ابرأتك عن هذه الدار او عن خصومتي
في هذه الدار او عن دعواي فيها فهذا كله باطل حتى لو ادعى بعد ذلك هذه الدار يسمع
ولو اقام البينة تقبل بخلاف ما لو قال برأت من هذه الدار او برأت من دعواي
في هذه الدار فانه يجوز حتى لا يسمع دعواه وبينته بعد ذلك لان بقوله ابرأتك
خاطب الواحد فله ان يخاصم غيره واما قوله برأت فاضاف البراءة الى نفسه
فيبرأ ويبطل الصلح والقسمة اي قسمة التركة ان كان على الميت دين مستغرق
لان الوارث لا يتملك التركة ما دام الدين مستغرقا وان كان غير مستغرق
فالاولى ان لا يصالح قبل قضائه لتقدم حاجة الميت عليه ولو فعل بصيغة
المجهول قالوا يجوز اي الصلح وحكم في قاضيخان بعدم جوازه مطلقا حيث
قال ان كان على الميت دين فصولحت المرأة عن ثمنها على شيء لا يجوز هذا الصلح
لان الدين القليل يمنع جواز التصرف في التركة فان طلبوا الجواز فطريق ذلك
ان يضمن الوارث دين الميت شرط ان لا يرجع في التركة او يضمن اجنبي بشرط
براءة الميت انتهى والقسمة يجوز قياسا لان التركة لا يخلو عن قليل الدين
فيقسم نفيا للضرر عن الورثة لا استحسانا لان الدين يمنع تملك الوارث اذ
ما من جزء الا وهو مشغول بالدين فلا يجوز القسمة قبل قضائه وقيل
القياس ان يوقف الكل والاستحسان ان يوقف قدر الدين ويقسم الباقي

كتاب المضاربة

وهي في اللغة مشتقة من الضرب في الارض
ويسمى هذا العقد مضاربة لان المضارب يسير في الارض غالبا طالبا الربح
وفي الشرع شركة في الربح بمال من جانب وعمل من جانب وبه تم معناها
الشرعي واما احكامها فصيرورة المضارب امينا بعد دفع المال اليه ووكيلا
عند الشروع في العمل وشريكا له اذا ظهر الربح وغاصبا ان خالف واليه
اشار بقوله والمضارب امين فيما دفع اليه من المال لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه
البدل كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن وكل مقبوض كذلك

كذلك فهو امانة فاذا تصرف فوكيل لانه يتصرف فيه باذن مالكه فان ربح فشريك
في الربح لانه تملك جزءا من المال وهو شايع فيشركه وان خالف فغاصب لانه
تعدى على مال الغير بغير رضاه وان شرط كل الربح له فمستقرض لانه لا يستحق كل
الربح الا اذا صار راس المال ملكا له وذلك لا يكون الا بتمليك المالك والتمليك
يقتضي ان لا يرد راس المال اليه كما في الهبة لكن لفظ المضاربة يقتضي الرد في
راس المال فجعلناه قرضا لاشتماله على المعنيين عملا بهما ولان القرض ادنى
التبرعات لانه يقطع الحق عن العين دون البدل والهبة يقطع عنهما معا وان
شرط الربح لرب المال فمستبضع لان المضارب لم يطلب لعمله بدلا وعمله
لا يتقوم الا بالتسمية فكان وكيلا متبرعا وان فسدت المضاربة بفساد
شيء من الشروط المعتبرة فيها فاجير لان المضارب يعمل لرب المال في ماله
فيصير ما شرط له من الربح كالاجرة على عمله واذا فسدت ظهر معنى الاجارة
فله اجر مثله ربح او لم يربح لانه لا يستحق المسمى لفساد العقد ولم يرض بالعمل
مجانا فله اجر مثل عمله على ما هو مقتضى الاجارة ولا يزاد اي اجر المثل على ما شرط
له من الربح عند ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة وهذا لانه رضي بذلك المقدار
فلا يزاد على ما رضي خلافا لمحمد فانه قال يجب الاجر بالغا ما بلغ وان لم يربح
لان تسليم العمل قد وجد منه فيستحق اجره وعن ابي يوسف لا يجب له شيء
اذا لم يربح اعتبارا بالمضاربة الصحيحة فان فيها اذا لم يربح لا يستحق شيئا
ففي الفاسدة اولى لان العقد الفاسد يأخذ حكم من الصحيح من جنسه كما في البيع
الفاسد اجيب عنه بان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل
انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والفاسدة
تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ايفاء العمل
ولا يضمن المال فيها اي في المضاربة الفاسدة ايضا اي كما لا يضمن في الصحيحة
اعتبارا لها بها ولانه عين مستاجر في يده فلا يضمن كذا في الهداية اي لان راس

استوجر المضارب ليعمل به هو لا غيره فلا يضمن كاجير الوحد هكذا فسره في العناية ثم قال وهذا التعليل يشير الى ان المضارب بمنزلة اجير الوحد من حيث انه اجير لا يمكن له ان يوجر نفسه في ذلك الوقت لآخر لان الشخص الواحد لا يتصور ان يكون مستاجرا لمستاجرين في وقت واحد انتهى فعلى هذا يلزم ان لا يضمن فيها بالاتفاق سواء تلف في يده او بعمله كما هو حكم اجير الوحد على ما سياتي وقال بعض مشايخنا القول بعدم الضمان فيها هو قول ابي حنيفة واختاره الطحاوي واما عندهما فهو ضامن اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه كالغصب والسرقة وهذا بناء على ان المضارب بمنزلة الاجير المشترك لان له ان ياخذ المال بهذا الطريق من غير واحد والاجير المشترك اذا تلف المال في يده بغير عمل وصنع منه لا يضمن عند ابي حنيفة سواء تلف بما يمكن التحرز عنه كالغصب والسرقة او لا يمكن كالموت والحريق الغالب ويضمن عندهما ان تلف بما يمكن التحرز عنه وقال الامام الاسبيجابي في شرح الكافي والاصح انه لا ضمان على قول الكل لانه اخذ المال بحكم المضاربة والمال في يد المضارب صحت المضاربة او فسدت امانة ولا تصح المضاربة الا بمال تصح به الشركة هذا شروع في بيان شرط صحتها وهو ستة احدها هذا وهو ان يكون راس المال مما تصح به الشركة اعني ان يكون راس المال دراهم او دنانير عندهما وقال محمد يكون بالفلوس ايضا لانه ثمن عنده لا عندهما وقال ابن ابي ليلى تجوز المضاربة بالمكيل والموزون ايضا فانهما من ذوات الامثال فيمكن تقدير راس المال وثانيها ان يكون الربح جزءا مشاعا من الجملة على ما سياتي في الكتاب وثالثها اعلام قدر الربح من النصف والثلث او الربع لان الربح هو المعقود عليه فجهالته توجب فساد العقد ورابعها ان يكون المشروط للمضارب مشروطا من الربح لا من راس المال حتى لو شرط له شيئا من راس المال او منه ومن الربح فسدت المضاربة وخامسها التخلية بين المضارب وبين راس المال وسياتي هذا في الكتاب ايضا وسادسها ان يكون راس المال معلوما بالاشارة او بالتسمية عند العقد واما المضاربة بالدين والعروض فصحيحة بوجه وفاسدة بوجه اما الفاسدة في الدين فهي ان يكون له دين على رجل فقال له اعمل مضاربة فيما لي عليك من الدين بالنصف لا تصح

المضاربة بالاجماع ويكون ما اشتراه له والدين في ذمته كما كان عند ابي حنيفة وعندهما الوكالة صحيحة وما اشتراه لرب المال وله اجر مثله وانما فسدت المضاربة في هذه الصورة لان الدين لا يصلح راس مال المضاربة لان المضاربة شرعت لاستنماء المال ولا يتصور استنماء المال الا ان يكون المال عينا على ما تقدم في الشركة ومتى فسدت المضاربة بقي امرا وتوكيلا بالشراء بالدين الذي عليه وذلك لا يصح عنده وعندهما يصح فوقع الشراء للموكل فيكون المشترى له وللوكيل اجر مثله واما الفاسدة في العروض فبان قال خذ عبدي هذا او عروضي هذا مضاربة بالنصف على ان راس مالي قيمته فالمضاربة فاسدة لانه اضاف المضاربة الى العبد ولانه اضاف الى قيمته فالمضاربة على كليهما فاسدة لان قيمة العبد والعروض مجهولة وقت العقد واما وجه صحة المضاربة بهما فاشار اليه او لا في العروض بقوله وان دفع صاحب المال عرضا وقال بعه واعمل في ثمنه مضاربة جازت لان عقد المضاربة تشتمل على التوكيل والاجازة وكل منهما يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل صحت ان يكون عقد المضاربة كذلك لئلا يخالف الكل الجزء فلا مانع من الصحة اطلق في الثمن فشمل الدراهم والدنانير فلو باعه باحدهما وعمل به فالمضاربة جائزة بالاتفاق ولو باعه بالفلوس وعمل به فالمضاربة فاسدة عندهما جائز عند محمد ولو باعه بالمكيل او بالموزون وعمل به فالمضاربة فاسدة عندهم جائزة عند ابن ابي ليلى على ما تقدم واشار الى وجه صحتها في الدين بقوله او قال اقبض مالي على فلان واعمل فيه مضاربة جازت ايضا لانه وكله بقبض دين له على غيره واضاف المضاربة الى المقبوض الذي هو امانة في يده وكلاهما جائز لما تقدم ان المضاربة وما يشتمله تقبل الاضافة الى زمان مستقبل بخلاف ما لو قال اعمل مضاربة بالدين الذي عليك فانه لا تصح على ما تقدم واشار بقوله واعمل فيه اي في المقبوض الى انه لو عمل قبل قبض الدين كله تصح المضاربة لما في المحيط لو قال اقبض ديني عن فلان ثم اعمل به مضاربة فعمل قبل ان يقبض كله ضمنه ولو قال فاعمل به لا يضمن والفرق ان كلمة ثم في اللغة للترتيب والتراخي فصار الاذن بالعمل مضافا الى ما بعد القبض كانه قال اقبض الدين ثم اعمل به فلا يصير ماذونا في العمل قبل قبض الكل واما كلمة الفاء والواو للعطف

والاشتراك لا للترتيب فيقتضي وجودها كيف ما وجد معا او متعاقبا فلم يتأخر الاذن
عن القبض بمقتضى حرف العطف وانما يتأخر ضرورة انه لا يمكنه العمل قبل القبض واذا وجد
قبض البعض وامكنه العمل يصير مأذونا واما اذا قال اقبض ديني ليعمل به مضاربة بالنصف
او يعمل به لا يصير مأذونا ما لم يقبض الكل لان قوله ليعمل او يعمل به لا يستقيم الابتداء به فيعتبر
متعلقا بما قبله حتى لا يلغوا فاذا اعتبر متعلقا بما قبله صار احدهما بمنزلة الشرط والاخر بمنزلة
الجزاء فجعلنا القبض شرطا والعمل جزاء له لان العمل لا يصلح شرطا للقبض والقبض يصلح شرطا
للعمل فصار كانه قال ان قبضت الدين فاعمل به مضاربة ولو نص على ذلك ما لم يقبض
الكل لا يثبت الجزاء وهو الاذن بالعمل فكذا هنا بخلاف قوله واعمل به لانه مما يستقيم
الابتداء به فلا يصير متعلقا بما قبله والواو لا يوجب التاخير فلا يتأخر الاذن عن القبض انتهى
ما في المحيط وسيأتي زيادة بيان له وشرط تسليم المال الى المضارب بلا يد لرب المال فيه
بتصرف وعمل لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه كالوديعة بخلاف الشركة لان المال
في المضاربة من جانب والعمل من جانب ولا بد من التخلص للعمل ليتمكن من التصرف فيه
وبقاء يد غيره يمنع التخلص واما الشركة فالعمل فيها من الجانبين فلو شرط خلوص اليد
لاحدهما انتفى الشركة عاقدا كان رب المال او غير عاقد كالصغير اذا عقدها اي المضاربة
له وليه او وصيه ترك كلمتنا واحد الشريكين عطف على الصغير اذا عقدها الاخر يعني
اذا عقد المضاربة احد المتفاوضين او احد شريكي العنان ولم يسلم المال الى المضارب وشرط
عمل صاحبه فسدت المضاربة لما ذكرناه وكون الربح عطف على تسليم المال بينهما مشاعا
كالنصف والثلث والربع كذا في المحيط يريد بكونه مشاعا بينهما ان لا يستحق احدهما
في الربح دراهم مسماة لان شرط ذلك ينافي الشركة المشروطة لجوازها والمنافي لشرط
جواز الشيء مناف له ايضا فتفسد اي اذا شرط كون الربح مشاعا بينهما تفسد
المضاربة ان شرط لاحدهما عشرة دراهم مثلا اي من الربح واذا فسدت فله اجر مثله هذا
ولما كان من الشروط ما يفسد به العقد ومنها ما لا يفسد به العقد بل يفسد الشرط
في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة اراد ان يشير الى ذلك بامر جملي فقال وكل شرط

شرط يوجب جهالة الربح كما اذا قال رب المال لك نصف الربح او ثلثه وشرطا بينهما ان يدفع المضارب
داره الى رب المال ليسكنها او ارضه سنة ليزرعها كذا في العناية يفسدها اي المضاربة
لانه جعل بعض الربح عوضا عن عمله والبعض الاخر عوضا عن اجرة داره وارضه ولا يعلم
حصة العمل حتى يجب حصته وتسقط حصة ما اصاب منفعة الدار والارض فيفضي الى المنازعة
وما اي شرط لا يوجب جهالة الربح فلا تفسد المضاربة به ويبطل الشرط كشرط الوضيعة
اي الخسران على المضارب او على رب المال او عليهما كذا في العناية وكاشتراط على رب
المال ان يدفع رب المال اليه داره ليسكنها او ارضه ليزرعها على عكس ما سبق فانها
شروط لا يوجبها العقد ولا توجب جهالة الربح ولا قطع الشركة فتبطل في نفسها ولا
يسري الفساد الى العقد بل يبقى العقد صحيحا لان المضاربة لا تبطل بالشروط الفاسدة
على ما تقدم قبيل كتاب الصرف فظهر ان هنا شروطا لصحة المضاربة وهي ستة على
ما ذكرناه وشروطا تفسد المضاربة بها بل تبطل تلك الشروط في نفسها ويبقى العقد
على الصحة كما تراه ومما ينبغي ان يعلم هنا انه لو شرطا في المضاربة بعض الربح لغيرهما
فهل تفسد المضاربة ام لا ففي المحيط السرخسي لو شرطا في المضاربة بعض الربح لغيره
فلا يخلو اما ان كان المشروط له عبد المضارب او عبد رب المال او اجنبيا او قضاء دين
احدهما او المساكين او الحج فان كان المشروط له عبد احدهما بان دفع الفا مضاربة على
ان ثلث الربح له وثلثه للمضارب وثلثه لعبد المضارب او لعبد رب المال صح الشرط ثم ينظر
ان لم يكن على العبد دين وجب الوفاء بالشرط شرط عمل العبد في المضاربة او لم يشترط
لان ما شرط للعبد مشروط لمولاه لان الملك يثبت للمولى لا له الا ان تعذر تصحيح هذا
الشرط للعبد اذ ليس له عمل ولا راس مال امكن تصحيحه لمولاه لان عقد المضاربة قد
جرى بين رب المال وبين المولى فامكن ان يجعل المشروط للعبد باعتبار المعنى واقعا
لمولاه فصار كان المولى شرط لنفسه الثلثين من الربح وان كان عليه دين ان شرط
عمله جاز كما لو شرط بعض الربح لاجنبي وشرط عمله في المضاربة صح الشرط فهذا
اولى وان لم يشترط عمله ينظر ان شرط ثلث الربح لعبد المضارب لا يصح عند ابي ح

لكن حصته من الربح ونحو ذلك لان العمل وقع عليه فجعله بقدر كفوه

ويكون الثلثان لرب المال وعندهما يصح ويكون للمضارب لان عنده المولى لا يملك كسب عبده المديون
فلا يكون المشروط للعبد مشروطا للمولى فتعذر تصحيحه لا في حق العبد ولا في حق المضارب فبطل
الشرط وعندهما المولى يملك كسب عبد المديون فيكون المشروط للعبد المديون مشروطا
للمضارب فصح واما اذا شرط العبد رب المال يكون الثلثان لرب المال بالاجماع وان كان
شرطا بعض الربح لاجنبي فان شرط عمله صح لانه يصير مضاربا مع الاول فيصح وان لم يشترط
عمله لا يصح ويكون المشروط له لرب المال وكذلك لا يصح لو شرطا بعض الربح لامرأة المضارب
او لمكاتبه او لمواليه او لمن لا تقبل شهادته له لان الاملاك متباينة بينه وبين هؤلاء فالمشروط
لهؤلاء لا يكون مشروطا للمضارب ولم يشترط عمل هؤلاء فلا يصح الشرط وان شرطا ثلث
الربح لقضاء دين المضارب او دين رب المال صح الشرط ويدفع اليه ولا يجبر على دفعه الى
غرمائه لان المشروط لقضاء دينه مشروط له معنى لان منفعته يعود اليه وهو براءة ذمته
من الدين فصار مشروطا له معنى ولو شرطا ذلك للمساكين او في الحج او في الرقاب لم يصح
الشرط لهم لانه ليس للمشروط له عمل ولا رأس مال فيكون لرب المال كذا في المحيط وسيأتي
الاشارة اليه في الباب الآتي من الكتاب ثم اعلم ان ما يفعله المضارب ثلاثة انواع نوع
يملكه بمطلق العقد وهو ما يكون متعارفا بين التجار ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه
اذا قيل له اعمل برايك او اذن له صراحة ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برايك
الا ان ينص عليه فذكر هذه الانواع الثلاثة فقال وللمضارب في مطلقها اي ما لا يكون
مقيدا بزمان ومكان ولا بشخص ولا بنوع نحو ان يقول دفعت اليك هذا المال مضاربة
بالنصف ولم يزد على ذلك ان يبيع ويشتري اي بالنقد والنسيئة ما لم يكن اجلا لا يبيع
اليه التجار فانه لا يجوز على ما سيصرح به في الكتاب واطلق في الهداية كلا من البيع
والشراء ههنا ولم يقيد بقيد اصلا وفسر اطلاقه في العناية بالنقد والنسيئة
ولم يقيد النقد بما لا يتغابن الناس فيه ولا النسيئة بما لا يبيع اليه التجار كما قيدناه
وفصل قاضيخان كلا من البيع والشراء فقال رجل دفع الى رجل مالا مضاربة بالنصف
فهي مضاربة مطلقة له ان يشتري ما بدا له من سلع التجارة بالنقد والنسيئة

مضارب

والنسيئة فان اشترى شيئا بما لا يتغابن فيه الناس يكون مخالفا قال له رب المال اعمل فيه
برايك او لم يقل لان الغبن الفاحش تبرع وهو مأمور بالتجارة لا بالتبرع ولو باع
مال المضاربة بما لا يتغابن فيه الناس او باجل غير متعارف جاز عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه
كالوكيل بالبيع انتهى وفي البزازية وفي المضاربة المطلقة له شراء السفن لا في المقيدة
ثم قال بعد ورقة والمضارب يملك الشراء الفاسد لو كان المشتري مما يملك بالقبض
لحصول الربح ولا يملك شراء الدم والميتة والخمر والخنزير وام الولد والمدبر يعلم
ذلك اولا لعدم حصول الربح لعدم امكان بيعه انتهى ويوكل بهما اي بالبيع
والشراء وله ايضا ان يوكل بكل ما جاز له ان يعمل بنفسه من الايداع والرهن
والارتهان والابضاع والايجار والاستيجار وقبول الحوالة على ما صرح به في قاضيخان
حيث قال بعد ذكر جواز هذه التصرفات له وما جاز له ان يعمل بنفسه جاز له
ان يوكل غيره بذلك فالاولى ان يذكر هذا اللفظ بعد ذكر التصرفات المذكورة كما
وقع في قاضيخان وله الاخذ بالشفعة كما صرح به في البدايع وما وقع في مضاربة
الاشباه نقلا عن البزازية من لفظ الشفعة بدل السفتجة كما وقع في بعض نسخ
البزازية كذلك يعني السفتجة وهو الصحيح لان المضارب لا يملك السفتجة ويملك
الشفعة ويسافر اي برا وبحرا في ظاهر الروايات على ما في قاضيخان وعن ابي يوسف
انه لا يسافر وان سافر فهلك المال في الطريق كان ضامنا وعنه ايضا له ان يسافر
الى موضع يقدر على الرجوع الى اهله في يومه ويبيت عندهم نحو فرسخين او ثلاثة
وليس له ان يسافر سفرا مخوفا يتحاماه الناس عنه في قولهم جميعا وعنه ايضا عن ابي حنيفة
ان رب المال ان دفع الى المضارب في بلده ليس له ان يسافر عنه لانه تعريض على الهلاك
من غير ضرورة وان دفع اليه في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب
اذ الانسان لا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما اعطاه عالما بغربته كان
دليل الرضى بالمسافرة عند رجوعه الى وطنه وهذه الروايات كلها خلاف ظاهر
الرواية والاعتماد على ظاهر الرواية ويبضع اي يدفعه بضاعة ويودع اي يدفعه

بريده كوندرر مالا

وديعة ويرهن اى يدفعه رهنا هكذا ذكره فى المحيط وقاضيخان والخلاصة والبزازية
ثم قال فى البزازية بعد صحيفة ولا يملك المضارب الاستدانة وان رهن من متاع
المضاربة بما استدان ضمن لاقتصاد الدين لزوما عليه فاذا رهن من متاع المضاربة
فقد اوفى دينه الخاص من مال رب المال انتهى فظهر منه ان قوله ويرهن ليس
على اطلاقه بل لابد ان يستثنى منه ما فى البزازية ويرتهن اى يقبل به الرهن
ويواجر اى يدفعه اجارة ويستأجر الاجراء لحفظ المال ويستاجر الدواب
للحمل ويستاجر المكان والسفن للحفظ ايضا ويحتال بالثمن اى يقبل الحوالة به
على الايسر اى الغنى وغيره اى الفقير والاصل فى هذا ان المقصود من المضاربة هو
الاسترباح وهو لا يحصل الا بالتجارة وكل من هذه التصرفات من صنيع التجار فالعقد
باطلاقه ينتظم جميعها ولو ابضع المضارب اى دفع مال المضاربة بضاعة
رب المال مفعول ابضع صح لان البضاعة من صنيع التجار وكونه رب المال
لا يمنعه فوجد المقتضى وارتفع المانع ولا تفسد به المضاربة خلافا لزفر فانه قال
تفسد به لانه يكون متصرفا فى ملك نفسه لنفسه فيكون مستردا ولنا ان
التخلية التى هى شرط صحتها قد حصلت وصار التصرف حقا للمضارب وصار رب
المال فى حق التصرف كالاجنبى فاذا ابضع رب المال صار كانه وكل اجنبيا فى التصرف
فصح فلما صح توكيلا لم يكن اخذ رب المال مستردا بخلاف شرط العمل على رب
المال ابتداء فانه يمنع التخلية والتسليم فلم يوجد الشرط وبخلاف ما اذا دفع مال
المضاربة الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال
رب المال وعمل المضارب ولا مال للمضارب ههنا حتى يدفعه الى رب المال مضاربة
فلو جوزناه لادى الى قلب الموضوع وعكس المشروع واذا لم يصح بقى عمل رب المال
بامر المضارب فلا يبطل به المضاربة الاولى وليس له اى للمضارب فى المضاربة
المطلقة ان يضارب اى ان يدفع مال المضاربة مضاربة لكنه لو دفعه مضاربة
لا يضمن بنفس الدفع الى الثانى بل ان عمل الثانى بيعا او شراء صار مخالفا ورب

ورب المال بالخيار فى تضمين الاول او الثانى فان ضمن الثانى يرجع على الاول وان
ضمن الاول صحت المضاربة بين الاول والثانى كذا فى البزازية وهل له ان يمسك
مال المضاربة ولا يبيع لظن فائدة كثيرة ففى اواخر مضاربة البزازية اشترى
المضارب متاعا فقال له رب المال بعه واباه المضارب واراد امساكه حتى
يظفر بربح كثير ليس له ذلك الا ان اعطى لرب المال ماله ان لم يكن فيه ربح فح
يملك المضارب امساكه ثم ان كان فى المال ربح يجبر المضارب على البيع لانه اجير
الا اذا اعطى رب المال حقه فح لا يجبر المضارب وان لم يكن فيه ربح لا يجبر على بيعه
ايضا ويقال لرب المال اما ان تاخذه برأس مالك او تبيعه لتصل الى مالك انتهى
الا باذن رب المال وبقوله له اعمل برأيك لان الشىء لا يتضمن مثله ولا يرد
جواز اذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للمكاتب والاجارة للمستأجر فى مدة
استيجاره والاعارة للمستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فانها امثال
لما يجانسها وقد تضمنت امثالها لان المضاربة تضمنت الامانة اولا والوكالة
ثانيا وليس للمودع والوكيل الايداع والتوكيل فكذا المضارب لا يضارب غيره الا بالاذن
بصريح قوله اعمل برأيك بخلاف الايداع والابضاع والرهن والارتهان والاستيجار
لانها دونه فيضمنها ولا ان يقرض وفى قاضيخان ولا يأخذ سفتجة لمال المضاربة
ولا يدفع مال المضاربة بسفتجة وان كان رب المال قال له اعمل فيه برأيك الا
ان يأذن له بالسفتجة نصا وذكر فيه ايضا قبل هذه المسئلة ولا ان يشارك
شركة عنان او مفاوضة ولا ان يخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره ولو كان رب
المال قال له اعمل فيه برأيك جاز له ان يدفع الى غيره مضاربة ويشاركه ويخلط
ماله بمال المضاربة ولو دفع مالا مضاربة الى رجل ولم يقل اعمل برأيك
الا ان معاملة التجار فى تلك البلاد ان المضاربين يخلطون المال ولا ينهاهم رب
المال عن ذلك فعمل فى ذلك قالوا ان غلب التعارف بينهم فى مثل هذا نرجو
ان لا يضمن ويكون المضاربة بينهما على العرف لو خلط مال نفسه مال المضاربة

ضمن عليه وكذا لو شارك مع غيره شركة عنان او خلط ضمن ويصح بينهما وهذا
اذا لم يعمل اعمل برايك فلو قيل له فله ان يخلط فاذا ربح قسم الربح بين
المالين فربح ماله خاصة وربح المضاربة على شرطهما انتهى كذا في فتاوى
الانقروي او يستدين اى على مال المضاربة وذلك بان يشتري سلعة باكثر
من مال المضاربة دينا في ذمته كان قال له رب المال اعمل فيه برايك ولم يقل
الا ان ياذن له بالاستدانة نصا كذا في قاضيخان واذا لم يكن له ان يستدين على مال
المضاربة فليس له ان يرهن من متاع المضاربة فيما اذا استدان ولو برهن فيما
استدان ضمن على ما صرح به في البزازية وقد ذكرناه من قبل عند قوله ويرهن
او يهب ويتصدق الا بتنصيص اى ليس للمضارب هذه التصرفات وان قال له رب
المال اعمل برايك الا ان ينص عليها اما القرض والهبة والتصدق فلانها تبرعا
فلا يحصل بها ما هو المقصود وهو الربح واما الاستدانة فلانه يصير المال
زائدا على ما انعقدت عليه المضاربة وهو لا يرضى به ولا باشتغال ذمته بالدين
فان شرى اى اذا لم يكن للمضارب ان يستدين على مال المضاربة فان شرى
بمالها اى بمال المضاربة بزا بفتح الباء ثم الزاء المعجمة نوع من الثياب وقصره
من القصارة اى قصره بالماء او غيره او حمله من موضع الى اخر بماله فهو اى المضارب
متبرع لانه لو لم يكن متبرعا لجاز على رب المال فيكون مستدينا عليه وليس للمضارب
ان يستدين عليه على ما تقدم وان وصلية قيل له اعمل برايك لان المراد منه هو التعميم
في مال المضاربة لا ما يزيد عليه مما ليس من اعمال المضاربة وكذا اى للمضارب في المضاربة
المطلقة الخلط اى خلط مال المضاربة بماله وبمال غيره ايضا على ما في قاضيخان والبزازية
والصبغ ان قيل له ذلك اى اعمل برايك فلا يضمن به لانه فعل ما اذن به لدخوله
تحت قوله اعمل برايك ولو لم يقل بذلك وصبغ يصير المضارب غاصبا فصاحب
الثوب بالخيار ان شاء ضمن المضارب قيمة ثوبه ابيض يوم صبغه وان شاء اخذ
الثوب واعطى قيمة ما زاد الصبغ يوم الخصومة وهذا اذا لم يكن في مال المضاربة

المضاربة فضل واما اذا كان فيها فضل فبقدر ما كان حصة المضارب من الثياب
لا يضمن كذا في شرح الوقاية للاسود وكذا يضمن بالخلط بماله فيما اذا لم يقل
اعمل برايك اذا لم يكن الخلط معتادا في تلك البلدة والا لم يضمن ويصير اى
المضارب شريكا اى لرب المال بما زاد الصبغ احمر او اصفر بخلاف الاسود فانه
نقصان عنده وحصته اى حصة الصبغ له اى للمضارب لان الصبغ بالكسر عين
مال قائم بالثوب وهو له فكذا حصته بخلاف القصارة والحمل لانهما ليسا
بمال قائم اذا بيع الثوب المصبوغ وحصة الثوب اى حين كونه ابيض في المضاربة
اى باق على المضاربة حتى لو كانت قيمة الثوب غير مصبوغ الفا ومصبوغا الفا
ومائتين كان الالف للمضاربة وما ئتا درهم للمضارب حصة ماله وهو الصبغ قال في
قاضيخان ولو دفع مالا مضاربة الى رجل ولم يقل له اعمل برايك الا ان معاملة التجار
في تلك البلدان المضاربين يخلطون المال ولا ينهاهم رب المال عن ذلك فعمل
في ذلك قالوا ان غلب بينهم في مثل هذا نرجو ان لا يضمن ويكون المضاربة بينهما
على العرف رجل دفع الى غيره مالا مضاربة ثم ان المضارب شارك رجلا آخر بدراهم
من مال المضاربة ثم اشترى المضارب وشريكه عصيرا من شركتهما ثم جاء المضارب
بدقيق من مال المضاربة فاتخذ منه ومن العصير فلاتج قالوا ان اتخذ الفلاتج
باذن الشريك ينظر الى قيمة الدقيق قبل ان يتخذ منه الفلاتج والى قيمة العصير
فما اصاب حصة الدقيق فهو على المضاربة وما اصاب حصة العصير فهو بين المضارب
وبين الشريك لكن هذا اذا كان رب المال قال له اعمل فيه برايك فان لم يكن
قال له ذلك وفعل المضارب ذلك بغير اذن الشريك فالفلاتج يكون للمضارب
وهو ضامن مثل الدقيق لرب المال ومثل حصة الشريك من العصير للشريك وان
كان رب المال اذن له في ذلك والشريك لم ياذن فالفلاتج يكون للمضارب
والمضارب ضامن حصة شريكه من العصير وان كان الشريك اذن له في ذلك
ورب المال لم ياذن فالفلاتج يكون بينه وبين الشريك وهو ضامن لرب المال

مثل الدقيق ولو اشترى المضارب دقيقا بمال المضاربة فاعطاه رب المال دقيقا آخر
وقال له اخلط بهذا الدقيق على سبيل ما تواضعنا فخلط ثم بلغ الكل قالوا مقدار
ثمن دقيق المضاربة على ما اشترطا في عقد المضاربة ومقدار ثمن الدقيق الآخر كله
يكون لرب المال بربحه وعليه وضيعته وللمضارب اجر مثل عمله فيما تصرف في ذلك
من بيعه على ما قاله ابو بكر البلخي وقال ابو الليث انما يكون للمضارب اجر مثله
اذا لم يكن خلط الدقيق بمال المضاربة اما اذا خلط بها فلا اجر له لانه عمل في شيء
هو شريك فيه وان قيدت اي المضاربة شروع في بيان المضاربة المقيدة ببلد بان عين
او سلعة او وقت او معامل فليس له ان يتجاوز تلك القيود كما في الشركة وهذا
لانها تتضمن الوكالة والتوكيل في شيء معين يختص به وفي التخصيص بتلك
القيود فائدة لان التجارات تختلف باختلاف الامكنة والامتعة والاوقات
والاشخاص فيجب رعايتها توفيرا لما هو المقصود وهو الربح وليس له ايضا ان
يبضع من يخرجها من تلك البلدة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه لا يملك تفويضه
الى غيره ايضا وان تجاوز بان اخرج الى غير ذلك البلد فاشترى او اشترى سلعة
غير ما عينه او في وقت غير عينه او بايع من غير من عينه ضمن وكان ما اشتراه والربح له
وعليه وضيعته لانه تصرف في ملك غيره بخلاف امره فصار غاصبا وان لم يتصرف
فيه ورده الى البلد الذي عينه برئ من الضمان لانه امين خالف ثم عاد الى الوفاق
كالمودع المخالف اذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه بالعقد
السابق واذا اشترى ببعض في المصر الذي عينه فاخرج البعض منه ولم يشتر به حتى
ثم رده الى الذي عينه كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما ذكرناه من
البقاء في يده بالعقد السابق واما اذا اشترى ببعض فيه وببعض آخر في غيره فهو
ضامن لما اشتراه في غيره وله ربحه وعليه وضيعته لتحقق الخلاف منه في ذلك
القدر والباقي على المضاربة فان قيل ان الصفقة متحدة وفي ذلك تفريقها قلنا
ان الجزء معتبر بالكل واذا اشترى بكله في البلد الذي عينه بقي المضاربة على حالها

على حالها فكذا اذا اشترى لجزئه وتفريق الصفقة موضوع اذا استلزم ضررا
ولا ضرر عند الضمان فان قال له اي رب المال للمضارب اعمل في الكوفة او الصيارفة اي ادفع المال الى
وقال له هذا اللفظ فعامل المضارب في الكوفة غير اهلها او صارف غير الصيارفة
لا يكون مخالفا لان فائدة التقييد باهل الكوفة هو التقييد بالمكان وهو الكوفة واذا
اشترى بها فقد وجد ذلك وان كان من غير رجل كوفي وفائدة التقييد بالصيارفة
هو التقييد بالنوع وهو الصرف وقد وجد ذلك فلا معتبر بغيره ومقتضى اللفظ
قد يعدل عنه بدلالة العرف والعرف فيما قلنا وكذا اي لا يكون مخالفا لو قال رب
المال اشتر في سوقها اي سوق الكوفة فاشترى في غيره اي غير سوقها لان المصر مع
تباين اطرافها كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد بخلاف قوله لا تشتر في غير
السوق لانه صرح بالحجر والولاية اليه فيعمل به فان قيل انه منقوض بما لو قال
خذه على ان تبيع بالنسيئة ولا تبيع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا مع انه
صرح بالحجر قلنا ان التقييد بقيد اما مفيد من كل وجه او غير مفيد من كل وجه
او مفيد من وجه غير مفيد من وجه والاول مقبول والثاني لغو والثالث مقبول
عند النهي لغو عند السكوت عنه فالاول كالتقييد ببلد وسلعة ووقت وقد تقدم
والثاني كصورة النقض والثالث كصورة التقييد بالسوق فانه مفيد من حيث
ان البلد ذات امكان يختلف حقيقة وهو ظاهر وحكما فانه اذا شرط الحفظ على
المودع في محلة ليس له ان يحفظ في غيرها وقد يختلف الاسعار ايضا باختلاف امكنة
وغير مقيد من حيث ان المصر مع تباين اطرافه جعل مكانا واحدا كما اذا شرط الايفاء
في التسليم بان يكون في المصر ولم يبين المحلة فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي عنه
لكونه ولاية الحجر اليه ولم نعتبر حالة السكوت عنه فالنقض باحدى الصورتين
على الاخر ليس في شيء من محل النقض وان قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة او فاعمل
به فيها او خذه بالنصف فيها فهو تقييد بخلاف خذه واعمل به فيها اعلم ان
ههنا ستة الفاظ تفيد تقييدا ولفظين لا تفيد تقييدا بل تعتبر مشورة والضا بط

لتمييز ما يفيد التقييد عما لا يفيده ان رب المال اذا اعقب لفظ المضاربة كلاما لا يصح
الابتداء به ويصح متعلقا بما تقدم جعل متعلقا به لئلا يلغو واذا اعقبه ما يصلح للابتداء
به لم يجعل متعلقا بما تقدم لانتفاء الضرورة فيحمل على المشورة وعلى هذا اذا قال
خذ هذا المال على ان تعمل كذا وفي مكان كذا وفي زمان كذا او بشخص كذا او قال خذه
تعمل به في الكوفة مجزوما ومرفوعا وكلام المص يحتملهما او قال فاعمل به بالكوفة
او قال خذه بالنصف بالكوفة او قال لتعمل به بالكوفة ولم يذكره المص لان قوله تعمل
بالرفع يعطي معناه فقد اعقب لفظ المضاربة في هذه الصور الست بما لا يصح
الابتداء به فانه لا يصح الابتداء بقوله على ان تعمل كذا وبقوله تعمل به في الكوفة
وبقوله فاعمل به فيها وكذا بغيرها وهو ظاهر لكنه يصح جعله متعلقا بما قبله
فجعل قوله على ان تعمل كذا شرطا والمفيد من الشرط معتبر وهو تفيد صيانة المال
لما ذكرناه من ان التجارات تختلف باختلاف الامكنة والاوقات والاشخاص وقوله
تعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذ هذا المال اي مضاربة وقوله فاعمل به في الكوفة
في معناه لان الفاء فيها للوصل والتعقيب والمتصل المتعقب للمبهم تفسير له وكذا
قوله خذه بالنصف بالكوفة لان الباء للالصاق وبقتضي الصاق موجب كلامه
وهو العمل بالمال ملصقا بالكوفة بان يكون العمل فيها وقوله خذه واعمل به في
الكوفة بواو وكذا بغير واو فقد اعقب فيه ما يصح الابتداء به اما بغير واو فظاهر
واما بواو فلان الواو مما يجوز الابتداء به فاعتبر كلاما مبتدءا فيجعل مشورة كانه
قال ان فعلت كذا كان انفع فان قيل فلم لم يجعل واو الحال كما في قوله ادّ الي الفا وانت حر
قلنا لعدم صلاحيته لذلك ههنا لان العمل بعد الاخذ لا حال الاخذ فلا مقارنة قال في
البزازية في الالفاظ ما يكون شرطا ستة دفعت على ان تعمل بخوارزم او ليعمل بها
بخوارزم او يعمل بها مجزوما او مرفوعا او فاعمل في خوارزم او قال دفعت اليك
مضاربة بخوارزم ولو قال دفعت مضاربة فاعمل بخوارزم او واعمل فيها مشورة
لا تقييد انتهى وللمضارب اي في مطلقها ان يبيع بنسيئة ما لم يكن اجلا لا يبيع اليه

بان يعني في بيده كتلك في سنين
فصاعدا ولم يقيد

اليه التجار لدخوله تحت اطلاق العقد بخلاف الاجل الذي لا يبيع اليه التجار كان باع
الى عشر سنين على ما ذكره في النهاية فانه يجوز لخروجه عن صنيع التجار فلا يشمله العقد
وله ايضا ان يبيع بما لا يتغابن الناس عنده ح اذا قيل اعمل برايك خلافا لهما حيث
لا يجوز بما لا يتغابن الناس عندهما على ما صرح به في المحيط وقاضيخان والبزازية ولو اشترى
بما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بالاتفاق قال اعمل برايك او لم يقل لانه تبرع وله ايضا
الشراء الفاسد لو كان ما اشتراه مما يملك بالقبض لحصول الربح ولا يملك شراء ما
لا يملك بالقبض كالدم والميتة والخمر والخنزير وام الولد والمدبر بعلم بذلك او لا لعدم
حصول الربح وان باع بنقد ثم اخر الثمن صح اجماعا لان الوكيل يملكه فكذا المضارب غير ان
الوكيل اذا اخر الثمن يضمنه والمضارب لا لانه يملك اقالة العقد ثم البيع نسيئة
لا الوكيل كذا في البزازية وله ان يأذن لعبد المضاربة في التجارة لانه بمنزلة الاذن
وله ذلك كما مر فكذا هذا وعن محمد انه ليس له ذلك كالمضاربة قلنا المضارب
يصير شريكا والعبد لا يصير شريكا له فافترقا كذا في الزيلعي قال في المحيط اذن المضارب
العبد في التجارة فجاز على رب المال في ظاهر الرواية لان الاذن من صنيع التجار فيملكه المضارب
ويملك العبد المأذون من جهة المضارب ما يملك المضارب من التصرفات دون
ما لا يملكه وان اشترى ذلك العبد المأذون عبدا من تجارته فجنى لا يدفع ولا يفديه
حتى يحضر المضارب او رب المال لانه لا يملك ان يفعل ما لا يملكه المضارب بنفسه
وليس له ان يزوج عبدا او امة من مالها اي من مال المضاربة وعن ابي يوسف انه
يزوج الامة لانه من الاكتساب لانه يصل الى مهرها والى سقوط نفقتها عنه
بخلاف تزويج العبد فان فيه اشغال رقبته بالدين واستحقاق بيعه به ولهما انه
ليس من باب التجارة فلا يدخل تحت اطلاق العقد لان العقد لا يتضمن الا التوكيل
بالتجارة لا غير وصار كالكتابة والاعتاق على مال فانه اكتساب ولكن لما لم يكن
تجارة لا يدخل تحت عقد المضاربة فكذا هذا وهل للمضارب ان يتزوج امة من مال
المضاربة ففي قاضيخان ولو تزوج المضارب امة للمضاربة فان كان في المال ربح لا يجوز له

نكاحها اذن له رب المال اولم يأذن فان لم يكن في المال ربح فان تزوجها باذن رب المال
جاز ويخرج الامة من المضاربة ونصيرمحسوبة عن راس مال المضاربة على رب المال
لان المضاربة انفسخت فيها لاقدامهما على نكاحها وقال في المحيط وعن محمد لا يطأ رب
المال ولا المضارب جارية المضاربة ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة وان لم يكن فيها
فضل على رأس المال ولا ان يشترى بمن يعتق على رب المال بقرابة او بسبب بيمين
بان حلف رب المال على عتق ان ملكه وهذا لان عقد المضاربة شرع لتحصيل الربح وذلك
بالبيع بعد الشراء وفي التصرف فيه مرة بعد اخرى والعتق ينافيه بخلاف الوكيل بشراء
العبد حيث يجوز له ان يشترى من يعتق على الموكل لان التوكيل هناك
مطلق فيجرى على اطلاقه وهنا مقيد بما يمكن التجارة فيه حتى لو وجد في الوكالة ايضا
ما يدل على التقييد بان قال اشترلي عبدا ابيعه او جارية اطاها كان الحكم كذلك
فان اشترى كان له اى للمضارب لا لها اى لا للمضاربة لان الشراء اذا لم يجد نفاذا
على رب المال نفذ على المشترى ولا ان يشترى من يعتق عليه اى على المضارب ان كان
في المال ربح لانه يعتق نصيبه ويفسد بسببه نصيب رب المال او يعتق على
الاختلاف الذى مر في العتق بين ابي ح وصاحبيه فيمتنع التصرف فيه والمراد بظهور
الربح هنا ان يكون قيمة العبد المشترى اكثر من رأس المال سواء كان في جملة
مال المضاربة ربح او لا لانه اذا كان قيمة العبد مثل راس المال لا يظهر ملك المضارب
فيه بل يجعل مشغولا برأس المال حتى اذا كان رأس المال الفا وصار عشرة الاف ثم
اشترى المضارب من يعتق عليه وقيمته الفا واقل لا يعتق عليه وكذا لو كان له
ثلاثة اولاد او اكثر وقيمة كل واحد الفا واقل فاشتراهم لا يعتق واحد منهم
لان كل واحد مشغول برأس المال ولا يملك المضارب منهم شيئا حتى تزيد قيمة كل
واحد على راس المال على حدة من غير ضمه الى آخر قال في المحيط وليس للمضارب ان
يكاتب لان الكتابة ليست بتجارة فان كاتب وليس فيه فضل فما اداه يكون من مال
المضاربة فلا يعتق ولو كاتب وفيه فضل بصح الكتابة في حصة المضارب عند ابي ح
والباقي

والباقي على المضاربة لان عنده الكتابة يتجزى كالعتق وعندهما لا تتجزى فللآخر
نقض الكتابة دفعا الضرر عن نفسه فان لم ينقض الكتابة حتى اداها عتق نصيب
المضارب عنده وعندهما يعتق الكل وما قبض المضارب من المكاتبة فربعه له وثلاثة
ارباعه يكون على المضاربة فيستوفي رب المال رأس ماله من ثلاثة ارباع المكاتبة
وما بقي يكون بينهما على الشرط انتهى فان فعل المضارب ذلك اى شراء من يعتق
عليه وفي المال ربح ضمن لانه صار مشتريا العبد لنفسه لعدم دخوله تحت اطلاق
العقد فيضمن بالنقد من مال المضاربة وان لم يكن في المال ربح بان لم يكن في قيمة
العبد زيادة على راس المال صح شراؤه للمضاربة لانه اذا لم تزد قيمته على رأس المال
لا يعتق عليه اذ لا ملك للمضارب فيه لكونه مشغولا برأس المال فيمكنه ان يبيعه للمضاربة
فيجوز الشراء فان حدث ربح بعد الشراء بان كان قيمته وقت الشراء قدر راس المال او
اقل ثم زادت قيمته على راس المال عتق نصيبه لانه ملك بعض قريبه ولا يضمن
لرب المال شيئا لانه لا صنع له فيه وانما عتق عليه نصيبه بطريق الحكم بسبب زيادة القيمة
بلا صنع منه فصار كما اذا ورثه مع غيره كامرأة اشترت ابن زوجها فمات وتركت
زوجا واخا عتق نصيب الزوج ولا يضمن لاخيها شئ لعدم الصنع منه بل يسعى
المعتق في نصيب رب المال وهو رأس المال وحصة رب المال من الربح وهذا لانه
احتبس مالية العبد عند العبد فيسعى فيه كما في الوراثة فان العبد لو كان موروثا
بين اثنين واحدهما ابوه فالعبد يعتق عليه ويسعى في نصيب الآخر ولا يضمن
هنا ولو اشترى المضارب نصف قريبه بمال المضاربة ولا فضل فيه ونصفه
بماله صح عليهما لان هذا النصف لا ربح فيه فلم يثبت العتق فيه وانما دخل العتق
فيه حكما بما اشتراه لنفسه فلم يصر مخالفا فلا يضمن بل يسعى العبد لرب
المال كذا في الزيلعي ولو اشترى المضارب بالنصف امة بالف وهي مال المضاربة
وقيمتها الف فوطئها المضارب فولدت ولدا يساوي قيمة الولد الفا فادعاه
المضارب انه ابنه موسرا اى حال يساره انما قيده به لنفي شبهة هي ان الضمان

انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان اعتاق في حق الولد وضمان الاعتاق يختلف
باليسار والعسار فكان الواجب ان يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن
وَوجه الدفع ان دعوة المضارب صحيحة في الظاهر لصدورها عن اهلها في محلها حملا
لها على الفراش بالنكاح بان زوجها منه البايع ثم باعها منه وهي حبلى منه حملا لامره
على الصلاح ولكن لا ينفذ هذه الدعوى لعدم الملك وهو شرط فيما ذكر كل واحد من
الجارية وولدها مشغول براس المال فلا يظهر الربح فيه وذلك لان مال المضاربة اذا
صارت اجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد على راس المال لا يظهر الربح فيه والرقيق
اجناس مختلفة عند ابي حنيفة قولا واحدا وعندهما ايضا في رواية كتاب المضاربة
واذا لم يظهر فيه ربح لم يكن للمضارب نصيب في الامة ولا في الولد فلا ينفذ دعواه
لان الثابت له مجرد حق التصرف وذلك لا يكفي في نفاذ دعواه واذا لم ينفذ
دعواه فلا ضمان عليه فان قبل ان الجارية كانت متعينة لرأس قبل الولد فتبقى
كذلك بعده وتعين ان يكون الولد كله ربحا قلنا تعينها كان لعدم المزاحم لا لانها
راس المال فان رأس المال هو الدراهم وبعد الولد تحققت المزاحمة فذهبت
تعينها ولو لم يكن احدهما اولى لذلك من الآخر فاشتغلا برأس المال دفعا للترجيح
بلا مرجح وهذا بخلاف ما اذا اشترى المضارب بالف المضاربة فرسين كل واحد
منهما يساوي الفا حيث يظهر الربح فيه حتى كان للمضارب فيه ربعهما حتى
لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح وذلك لان الفرسين جنس واحد يقسمان
جملة عندهما واذا اعتبر جملة حصل البعض ربحا بخلاف العبدين فانهما جنسان
عندهم فلا يقسمان جملة واحدة بل كل واحد يكون بينهما على حياله لعدم الاولوية
فلا يظهر الربح فصارت اي بعد الدعوة قيمته اي قيمة الولد الفا ونصفا اي
نصف الالف استسعاه رب المال في الف وربعه اعني مائتين وخمسين او اعتقه
وذلك لانه لما ازدادت قيمة الغلام وصارت الفا ونصفه ظهر الربح فيه في ذلك
الوقت ونفذ لان سببها كان موجودا وهو فراش النكاح على ما ذكرناه الا انها

انها لم تنفذ لوجود المانع وهو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذا بخلاف ما اذا
اعتق المضارب الولد ثم ازدادت قيمته على رأس المال حيث لا تنفذ اعتاقه السابق
لان الاعتاق انشأ العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا واذا بطل
لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك واما الدعوة فهي اخبار فاذا رد في حق غيره فهو
باق في حق نفسه فاذا ملكه بعد ذلك نفذت دعوته فيه كما اذا اقر بحرية عبد
لعبده برد اقراره فاذا ملكه بعد ذلك نفذ عليه وصار حرا ولو اعتق عبد الغير
ثم ملكه لا ينفذ عتقه فاذا نفذت دعوته فيه صار الغلام ابنا له وعتق عليه
بقدر نصيبه منه وهو ربعه ولم يضمن حصة رب المال من الولد لان عتقه يثبت
بالملك والنسب فصارت العلة ذات جزئين والملك آخرهما وجودا فيضاف
الحكم وهو العتق اليه على ما هو الاصل في امثاله كما في مسئلة وضع القفيز الاخير
في السفينة والقدح الاخير فان الضمان يضاف الى القفيز الاخير في السفينة
والسكر الى القدح الاخير في الشرب ولا صنع للمضارب في الملك فلا يجب عليه الضمان
لعدم التعدي منه اذ لا يجب ضمان العتق الا بالتعدي فاذا انتفى الضمان عنه كان
رب المال بالخيار بين الاستسعاء والاعتاق فان شاء استسعى الغلام لاحتباس
ماليته عنده وان شاء اعتقه لكونه قابلا للعتق فاذا اختار الاستسعاء استسعاه
في الالف ومائتين وخمسين لان الالف يستحقه براس المال ومائتين وخمسين
نصيبه من الربح فاذا قبض رب المال من الغلام الالف الذي هو رأس المال ضمن المدعي
اي المضارب نصف قيمة الامة لان الالف المأخوذ من الولد لما استحق براس المال
لكونه مقدما في الاستيفاء على الربح ظهر ان الجارية كلها ربح فيكون بينهما
وقد تملك المدعي نصيب رب المال منها بجعلها ام ولد بالدعوة السابقة فيضمن
وضمان التملك لا يستدعي صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل فيضمن نصيب رب
المال موسرا او معسرا لان ضمان التملك لا يختلف باليسار والعسار كما اذا استولد
جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة فانه يضمن لشريكه نصيبه كالاخ تزوج

بجارية اخيه فاستولدها فمات المزوج وترك الجارية ميراثا بين الزوج واخ آخر فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فانه ضمان اعتاق وهو اتلاف فلا بد من التعدي وهو لا يتحقق بدون صنعه ولا صنع له فيه على ما سبق هذا فيما اذا زادت قيمة الولد على الف ولو لم يزد قيمة الولد على الف وزادت قيمة الام عليه حتى صارت تساوي الفا وخمسمائة صارت الجارية ام ولد للمضارب ويضمن لرب المال الف درهم ومائتين وخمسين درهما لانها لما زادت قيمتها ظهر الربح فيها وملك المضارب بعض الربح فنفذت دعوته فيها ويجب عليه لرب المال رأس ماله وهو الف ويجب عليه نصيبه من الربح وهو مائتان وخمسون فاذا وصل الى يده الف استوفى رأس المال وصار الولد كله ربحا فيملك المضارب منه نصفه فيعتق عليه وما لم يصل الى رب المال الالف فالولد رقيق ثم يأخذ منه مائتين وخمسين على انه نصيبه من الربح ولو ازدادت قيمتهما عتق الولد وصارت الجارية ام ولد له لان الربح ظهر في كل واحد منهما ويأخذ رأس المال من المضارب لازما وجب عليه يسار المالين لانه معجل وهو موسر والسعاية مؤجلة والعبد معسر ويأخذ منه ايضا ما بقي من نصيبه من الربح ويضمن ايضا نصف عقرها لانه لما استوفى رأس المال ظهر انه ربح لان عقر مال المضاربة يكون للمضاربة ويسعى الغلام في نصيب رب المال ويسقط عنه نصيب المضارب كذا في الزيلعي

باب المضارب يضارب

اي مع آخر فان ضارب المضارب اي دفع مال المضاربة الى آخر مضاربة بلا اذن من رب المال فلا ضمان ما لم يعمل المضارب الثاني في ظاهر الرواية وهو قولهما اي قول ابي يوسف ومحمد ثم رجع ابو يوسف وقال ضمن بالدفع بدون اشتراط العمل وبه قال زفر لان ما يملكه المضارب هو الدفع على سبيل الايداع لعدم الاذن بغيره ودفعه مضاربة ليس على وجه الايداع فلا يملكه ولهما ان دفعه ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال قبله موقوفا ان عمل ضمن والا فلا وفي رواية الحسن عن الامام ابي حنيفة لا يضمن المضارب الاول بالعمل

بالعمل اي بعمل المضارب الثاني ايضا اي كما لا يضمن بمجرد الدفع بدون العمل ما لم يربح المضارب الثاني وله ان الدفع قبل العمل ايداع وبعده ابضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما لعدم المخالفة بهما الا انه اذا ربح فقد اثبت له شركة في المال فصار مخالفا لاشتراك الغير في ربح مال رب المال وفي ذلك اتلاف فيوجب الضمان كما لو خلط بغيره ثم وجوب الضمان عليه بالربح او بالعمل او بمجرد الدفع على ما ذكرناه فيما اذا كانت المضاربتان صحيحتان واما اذا كانت احديهما فاسدة او كلاهما فلا ضمان على واحد منهما لانهما ان كانت الثانية هي الفاسدة صار اجيرا وللاول ان يستأجر من يعمل في المال على ما تقدم وان كانت هي الاولى فكذلك الجواب لان فسادها يوجب فساد الثانية لان الاولى لما فسدت صارت اجارة وصار الربح كله لرب المال ولو صحت الثانية في هذه الحالة لصار الثاني شريكا وليس للاجير ان يشارك غيره بل المضارب لا يملك ذلك فكانت فاسدة بالضرورة وكانا اجيرين وكذا اذا كانتا فاسدتين فاذا كانا اجيرين لا يضمن واحد منهما بل له اجر مثله كذا في الزيلعي والعناية فعلى هذا لا وجه لتخصيص الفساد بالثانية في قوله وان كانت الثانية فاسدة فلا ضمان اي على واحد منهما وان ربح لما ذكرناه والحاصل انه لا ضمان على كل واحد منهما سواء فسدت الثانية او الاولى او كلاهما غير انه اذا فسدت الثانية يكون الاول مضاربا على شرطهما والثاني اجيرا له اجر مثله واذا فسدت الاولى او كلاهما يكون كل منهما اجيرا له اجر مثلهما فان قيل الاجير ليس له ان يستأجر للعمل فكيف جاز ههنا للمضارب الاول ان يستأجر بعدما فسدت الاولى وهو اجير فيها قلنا الفاسد من العقود معتبر بالصحيح منها فلما كان له ان يستأجر في المضاربة الصحيحة كان له ان يستأجر في الفاسدة ايضا وحيث ضمن اي حيث لزم الضمان على المضارب فلرب المال تضمين ايهما شاء في المشهور من الرواية لان المضارب الاول صار غاصبا بدفعه الى غيره بغير اذن رب المال والمضارب الثاني صار قابضا مال الغير بغير اذن صاحبه وكل من الامرين مدار الضمان فيخير صاحبه ايهما شاء وهذا اتفاقي في المشهور وقيل على الخلاف في ايداع المودع يعني ان اباح لا يوجب الضمان فيضمن الاول فقط عنده وعندهما ايهما شاء

على مودع المودع وصاحباه يوجبان فقال بعض مشايخنا ان ايجاب الضمان على المضارب
الثاني جاز على اصل الامامين في مودع المودع ولا يجب عند ابي ح كما لا يجب على مودع
المودع عنده فلا بد من بيان الفرق في المسئلتين على قول ابي ح المشهور وذلك ان مودع
المودع يقبضه لمنفعة الاول فلا يضمن والمضارب الثاني يعمل فيه لمنفعة نفسه فيضمن
ثم ان ضمن الاول صحت المضاربة الثانية لانه ملكه بالضمان من وقت المخالفة بالدفع على
وجه لم يرض به رب المال فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول
بما ضمن لانه مغرور من جهته كمودع الغاصب وتصح المضاربة الثانية بينهما والربح على ما شرطا
بينهما لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاول
لان الثاني يستحق بعمله ولا خبث في عمله والاول يستحقه بملكه المستند باداء الضمان
ولا يعرى عن نوع خبث لانه ثابت من وجه دون وجه وسبيله التصدق وان اذن له اي
للمضارب بالمضاربة فضارب المضارب بالثلث وقد قيل له اي للمضارب الاول ما رزق الله
تعالى بيننا نصفان وقيل له ما رزقنا الله فلي نصفه او ما فضل فنصفان فنصف الربح
لرب المال وثلثه للثاني وسدسه للاول لان الدفع الى المضارب الثاني صحيح لانه كان
بامر الاول ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى وقد جعل الاول للثاني ثلثه
فينصرف ذلك الى نصيبه لانه لا يقدر على ان ينقص من نصيب رب المال شيئا فبقي له السدس
ويطيب ذلك لكلهم لان رب المال يستحقه بماله والمضارب الاول والثاني يستحقان بعملهما
وان دفع المضارب الاول بالنصف اي لو قال رب المال للاول ما رزق الله بيننا نصفان
ودفع الاول للثاني بالنصف فنصفه لرب المال ونصفه للثاني ولا شيء للاول لان رب
المال شرط النصف له والمضارب الاول شرط للثاني النصف ايضا والشرطان صحيحان
فلم يبق للاول شيء وان شرط المضارب الاول للثاني الثلثين وقد قال رب المال للاول
ما رزق الله نصفان بيننا فكما شرط المضارب الاول اي للثاني ثلثان من الربح ويضمن
المضارب الاول للثاني سدسا لان رب المال شرط لنفسه النصف وبعد اخراج الثلثين
للثاني بقي الثلث لرب المال فكملنا نصفا بالسدس ولا مخرج له الا المضارب الاول فان

وان كان قيل له ما رزقك الله او ما ربحت بيننا نصفان فدفع اي المضارب الاول بالثلث
فلكل منهم اي من رب المال والمضارب الاول والثاني ثلثه لان المضارب الاول شرط للثاني
الثلث وشرطه صحيح لانه باذن المالك فله ذلك فبقي الثلثان واستويا فيه رب المال
والمضارب الاول فلكل منهما ثلث لان رب المال لم يشترط لنفسه الا نصف ما ربح الاول على ما
يدل عليه صيغة الخطاب ولم يربح الاول الا الثلثان فكان بينهما وان دفع المضارب الاول
بالنصف وقد كان قال رب المال ما رزقك الله او ما ربحت بيننا نصفان فللثاني نصف
لانه شرطه الاول وشرطه صحيح لما عرفت ولكل من الاول ورب المال ربع لما ذكرناه من انهما يستويان
في استحقاق النصف الباقي ونصف النصف ربع ولو شرط اي المضارب لعبد رب المال
ثلثا ليس تقييده بقيد رب المال احترازا عن عبد المضارب لان حكم عبد المضارب فيما نحن
فيه مثل حكم عبد رب المال فيجوز ان يكون احترازا عن الاجنبي فانه اذا شرط ذلك للاجنبي
على ان يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين
وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صحت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث
المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق براس المال او
بالعمل ولم يوجد من ذلك شيء كذا في العناية ليعمل العبد معه اي مع المضارب وهذا احتراز
عما اذا لم يشترط ذلك فان فيه تفصيلا على ما صرح به في شروح الهداية وذلك اما ان
يكون على العبد دين او لا فان لم يكن صح الشرط سواء كان العبد للمضارب او لرب المال
لانه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد لانتفاء ما يوجب استحقاق الربح في حقه
جعلنا شرطا في حق مولاه تصحيحا لكلامه وان كان عليه دين فان كان عبد المضارب
فعلى قول ابي ح لا يصح الشرط والمشروط كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لانه تعذر
تصحيح هذا الشرط للعبد وللمضارب ايضا لانه لا يملك بسبب عبده المديون عند ابي ح
وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشروط لرب المال بلا
خلاف واما اذا شرطا عمل العبد وهو المذكور في الكتاب فهو جائز على ما شرطا
سواء كان على العبد دين او لم يكن لان للعبد يدا معتبرة لا سيما اذا كان ماذونا له

واشتراط العمل اذن لم فلم يكن اشتراط عمله مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب
بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع منه التسليم ولرب المال ثلثا ولنفسه ثلثا صح ويكون العبد
لان اشتراط العمل على العبد لا يمنع التخلية والتسليم لان للعبد يدا معتبرة خصوصا
اذا كان ماذونا له ولهذا لا يلي المولى لاخذ ما اودع العبد وان كان محجورا عليه واذا لم
يمنع التخلية لم يمنع الصحة. ايضا واذا صح يكون الثلث للمضارب عملا بالشرط والثلثان
للمولى لان اشتراطه لعبده يكون اشتراطا للمولى فكانه شرط للمولى ثلثي الربح لان
كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فكسبه للغرماء وتبطل اى المضاربة
بموت احدهما لان المضاربة توكيل والوكالة تبطل بموت احدهما فكذا هذا وهل يشترط علم
الاخر بموت احدهم اطلقه فى الهداية وشروحه ولم يصرحوا بذلك وصرح فى قاضيخان بعدم
اشتراط علم المضارب بموت رب المال ولم يتعرض لعكسه حيث قال وتبطل المضاربة بموت رب المال
علم المضارب بذلك او لم يعلم حتى لا يملك المضارب الشراء بعد ذلك بمال المضاربة ولا يملك
السفر ويملك بيع ما كان عرضا لينقد المال لانه عزل حكمي ولو عزله قصدا يملك بيع ما كان
اشترى من العروض ولو خرج المضارب بعد ما مات رب المال الى مصر رب المال لا يضمن
استحسانا هكذا ذكره فى البزازية حيث قال وبموت رب المال ينعزل المضارب بعد ما مات
رب المال الى مصر رب المال لا يضمن استحسانا انتهى هكذا ذكره فى البزازية حيث قال وبموت
رب المال ينعزل المضارب علم او لا فلا يملك الشراء ابتداء ويملك بيع المشترى لينقد المال
انتهى والذى ظهر من قولهما لينقد المال لان المضارب يملك بيع العروض بعد موت رب المال
بالنقد لا بالعروض لكنه قال فى البزازية بعد هذا مات المضارب والمال عروض فولاية البيع لوصى
المضارب وقيل للوصى ولرب المال معا لان المال مشترك بينهما وان مات رب المال والمال
نقد بطلت المضاربة فى حق التصرف وان عرضا فى حق المسافرة تبطل لا فى حق التصرف فيملك
بيعه بالعرض والنقد انتهى فقد افاد بقوله يملك بيعه بالعرض والنقد ان للمضارب بيع العروض
بالنقد والعروض يقدمون رب المال على خلاف ما ذكره اولا وقال فى البزازية ايضا ولو اتى
المضارب مصرا واشترى شيئا فمات رب المال وهو لا يعلم ذلك فاتى بالمتاع مصرا آخر

آخر فنفقة المضارب فى مال نفسه وهو ضامن لما هلك فى الطريق وان يسلم المتاع جاز بيعه
لبقائها فى حق البيع ولو خرج من ذلك المصر قبل موت رب المال ثم مات لم يضمن ونفقته
فى سفره انتهى والذى يقتضيه النظر انها لما كانت مثل الوكالة لم يشترط العلم بموت احدهما
ايهما كان فى بطلان المضاربة بالموت كما فى الوكالة وبلحاق رب المال مرتدا اى تبطل بالقضاء
بلحاق رب المال بدار الحرب مرتدا لان بعد القضاء بلحاقه مرتدا صار بمنزلة الموت ولهذا
يورث ماله ويعتق امهات اولاده ومدبروه فبطل المضاربة بالاتفاق واما قبل القضاء
بلحاقه فيتوقف تصرف مضاربه عند ابى ح فان اسلم نفذ كما كان وان قتل مرتدا او مات عليه
او حكم بلحاقه بطلت المضاربة لانه يتصرف لرب المال فكان كتصرف رب المال بنفسه وتصرفه
موقوف عند ابى ح فكذا تصرف من يتصرف له وعندهما يجوز بلا توقف كذا فى شرح المجمع
ثم هذا اذا لم يعد مسلما اما اذا عاد مسلما قبل القضاء بلحاقه او بعد القضاء به كانت
المضاربة باقية كما كانت اما قبل القضاء فلانه بمنزلة الغيبة وهى لا توجب بطلان
المضاربة واما بعده فلحق المضارب كما الوفات حقيقة ثم احياه الله تع لم تبطل المضاربة
كذا فى العناية قال شمس الائمة لو احياه الله تعالى بعد الموت اخذ ما وجده من اعيان ماله فى
يد وارثه لا بلحاق المضارب اى عندهم جميعا اما عندهما فلانه بمنزلة عندهما
فى جميع تصرفاته واما عند ابى ح فلان ردته انما تنافى الولاية الاصلية دون الولاية
المستفادة من جهة الغير لان مدار هذه الولاية على العقل وقصد التصرف وصلاحية
الذمة ولا خلل فى ذلك فصحت عبارته ونفذت وكالته حتى لو اشترى وباع وربح او وضع
ثم قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب جازت تلك التصرفات كلها والربح بينهما
على ما شرطا وتوقف تصرف المرتد عند ابى ح لتعلق حق الوارث بماله ولا توقف فى ملك
رب المال لعدم تعلقهم به فبقيت المضاربة كما كانت غير ان ما يلحقه من العهدة
فيما باع او اشترى يكون على رب المال فى قوله ابى ح لان حكم العهدة يتوقف بردته لانه
لو لزمته لقضى من ماله ولا تصرف له فيه بعد ارتداده فكان كالصبى المحجور اذا توكل
عن غيره بالبيع والشراء وعندهما ماله فى التصرف بعد الردة كهى فيه قبلها فالعهدة

عليه ويرجع على رب المال ولا ينعزل بعزله اي بعزل رب المال ما لم يعلم المضارب به
اي بالعزل لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه فلا ينعزل بدونه
حتى لو اشترى وباع بعد عزله وقبل علمه يصح تصرفه وانما قلنا قصدا لان العزل الضروري
لا يتوقف على العلم كما في موت رب المال والموكل فان المضارب والوكيل ينعزلان بموتهما وان
لم يعلما بذلك فان علم بعزله والمال عروض فله بيعها نقدا ونسيئة حتى لو نهاه عن البيع
نسيئة لم يعمل نهيه لان حقه قد ثبت في الربح بمقتضى صحة العقد والربح انما يظهر بالقسمة
والقسمة تبتني على راس المال بتمييزه وراس المال انما يتيسر ويحصل بالبيع نقدا ونسيئة
ولا يتصرف في ثمنها اي ثمن ما باع من العروض بعد عزله لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة
راس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل وان كان نقدا من دراهم او دنانير وقد
كان علم بعزله من جنس راس المال لا يتصرف فيه لانه ليس في اعمال عزله ابطال حقه في
الربح لظهوره فلا ضرورة في ترك الاعمال وان كان من غير جنسه بان كان المال دراهم
وراس المال دنانير او على العكس فله اي للمضارب تبديله بجنسه استحسانا
لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض وفي القياس لا يبدله لان النقدين جنس
واحد من حيث الثمنية فيظهر الربح بايهما كان وموته وارتداده مع اللحوق
وجنونه مطبقا والمال عروض كعزله والمال عروض حتى لا يمنعه موت رب المال
من بيعه كما لا يمنعه عزله منه لان جواز بيعه له بعد العزل لاجل حق المضارب
لاحتمال ان يكون فيه ربح فيظهر وذلك لا يختلف بين ان يكون العزل قصدا
او حكما كما في الامور المذكورة لان حقه فيه ثابت على كل حال بخلاف ما اذا لم يكن
فيه حق بان كان المال كله نقدا من جنس راس المال او كان وكيلا لا مضاربا
حيث يختلف فيه بين العزل القصدي والحكمي فانه لا ينعزل في القصدي الا
اذا علم وفي الحكمي ينعزل علم او لم يعلم ولو هلك المضارب والمال عروض فولاية
البيع لوصي المضارب وقيل للوصي ولرب المال معا لان المال مشترك بينهما
ولو افترقا اي رب المال والمضارب وفي المال دين على الناس لزمه اي المضارب

اي المضارب الاقتضاء حتى لو امتنع عن الاقتضاء اجبره الحاكم عليه ان كان ربح في المال
لانه بمنزلة الاجير والربح كالاجرة فيلزمه تمام العمل والا اي وان لم يربح فلا يجبر على
الاقتضاء لانه حينئذ وكيل محض والوكيل متبرع لا يجبر على ايفاء ما يتبرع به ويوكل
المالك به اي بالاقتضاء وفيه اشارة الى دفع ما يقال ان رد راس المال على الوجه
الذي قبضه واجب على المضارب وذلك لا يتم الا بالقبض وما لا يتم الواجب الا به
فهو واجب فالاقتضاء واجب عليه على كل حال ووجه الدفع انا لا نسلم ان الرد
واجب وانما الواجب عليه دفع يده كالمودع فيقال له وكل الموكل في الاقتضاء فاذا
وكله فقد ازال يده ولا بد له من ذلك لان حقوق العقد ترجع اليه فان لم يوكل
يضيع حق رب المال وكذا سائر الوكلاء يعني ان الوكيل اذا باع وانعزل لا يجبر على
التقاضي بل يقال له وكل الموكل بالاقتضاء والبياع اي الدلال والسمسار اي المتوسط
بين البايع والمشتري باجر يجبران عليه اي على الاقتضاء لانهما يعملان بالاجر عادة
واذا وصل اليه اجره اجبر على تمام عمله قال في العناية واستيجار السمسار قلما
يخلو عن فساد لانه اذا استوجر على شراء شيء بعينه فقد استوجر على ما لا يستقل
به لان الشراء لا يتم الا بمساعدة على بيعه وقد لا يساعده وقد يتم بكلمة وقد لا يتم
بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة والاحسن في ذلك ان يؤمر بالبيع والشراء ولم
يشترط له اجرا معينا فيكون وكيلا معينا له ثم اذا فرغ من عمله عوضه باجر
المثل هكذا روي عن ابي يوسف ومحمد هكذا ذكره قاضيخان وجعله حيلة في
جواز استيجار الدلال والسمسار وقال يجوز ذلك لمساس الحاجة كما جاز دخول
الحمام باجر غير مقدر وما هلك من مال المضاربة صرف الى الربح اولا لان
الربح لا يتبين قبل وصول راس المال الى رب المال لقوله صلى الله عليه وسلم
مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له راس ماله فكذلك المؤمن
لا يسلم له نوافله حتى يسلم له فرائضه ولان راس المال اصل والربح تبع ولا
معتبر بالتبع قبل وصول الاصل فمتى هلك منه شيء استكمل من التبع اولا

فان زاد الهلاك على الربح لا يضمن المضارب لانه امين فلا يكون ضمنا للتنافي
بينهما واما لو اهلكه المضارب بالانفاق على نفسه او الاعطاء الى رجل او تلفها
الرجل فتبطل المضاربة ويصير المال مضمونا عليه اعلم انه اذا هلك المال قبل التصرف
بطلت المضاربة لانه فات محل العقد وهو المال المعين المسلم اليه والقول قول
المضارب في الهلاك مع يمينه لانه امين بمنزلة المودع ولو استهلكها او انفقه
او اعطاه رجلا فاستهلكه لم يكن له ان يشتري على المضاربة شيئا لانه صار مضمونا
عليه بالتعدي ومن حكم المضاربة ان يكون امينا لا ضمينا فان اخذه من الذي استهلكه
كان له ان يشتري على المضاربة رواه الحسن عن ابي ح لانه اخذ بدل المضمون
وهذه مبادلة فصار كما لو باعه واخذ ثمنه وروى عن محمد ان المضارب اذا اقرض رجلا
فان رجعت اليه الدراهم بعينها رجعت الى المضاربة كالمودع اذا خالف ثم عاد
الى الوفاق وان اخذ مثلها لم يرجع لان الضمان قد استقر بهلاك عينها فلا يبرأ
عن ضمان وحكم المضاربة لا يجتمع مع الضمان ولو اشترى بالف المضاربة ثيابا وقبض
الثياب ولم ينقده الالف حتى ضاعت الالف يرجع على رب المال بالف اخرى فيكون رأس
العين لان رب المال دفع العين على جهة المضاربة وكذلك كلما هلك قبل النقد
ويكون راس ماله جميع ما غرم مع الالف بخلاف الوكيل بالشراء فانه يرجع بالثمن
مرة والفرق بينهما مذكور في المحيط السرخسي هذا فيما اذا هلك مال المضاربة قبل
التصرف واما اذا هلك بعد التصرف فيغرم المضارب قدر حصته من الربح والباقي
يغرمه رب المال كما سيأتي في الكتاب عن قريب وقال في المحيط ولو تصرف المضارب
في الف المضاربة حتى صارت الفين فاشترى بهما جارية قيمتها الفان فهلكت
الالفان قبل ان ينقد رجع المضارب على رب المال بالف وخمسمائة ويضمن المضارب
خمسمائة ويكون ربع الجارية له ويخرج من المضاربة والباقي على المضاربة لانه
اشترى ثلاثة ارباع الجارية لرب المال لان ثلاثة ارباع الثمن كانت مملوكة لرب
المال فكان ضمان مملوكه عليه وربعها اشتراه لنفسه لان ربع الثمن كان ملكا

ملكا له لانه حصته من الربح فكان ضمان هذا الربع عليه وخرج من المضاربة لان
حق المضارب لا يظهر الا في الربح والربح لا يتحقق الا بعد القسمة واذا قسم لا يجوز
ان يكون للمضارب راس مال في المضاربة واما ثلاثة الارباع فبقيت على المضاربة
لان ضمان رب المال لا يخرجه من المضاربة لان راس ماله على حاله وان باع تلك
الجارية بخمسة الاف كان ثمن الربع له وثلاثة ارباعه على المضاربة يأخذ رب
المال منه راس ماله الفين وخمسمائة والباقي بينهما على الشرط لان راس مال هذه
المضاربة الفان وخمسمائة يأخذ رب المال ذلك اولا والباقي يكون بينهما على
الشرط انتهى وان اقتسماه اي الربح وفسخاه اي المضاربة ثم عقدت
ثانيا فهلك المال بعد العقد الثاني كله او بعضه لا يترادان الربح الذي اقتسماه (لانه القسمة تمت بغير الاول)
لان المضاربة الاولى قد انتهت بالفسخ وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك المال
كلا او بعضا في الثانية لا يوجب انتقاض الاولى فصار كما اذا دفع اليه مالا آخر وهذه
هي الحيلة اذا خاف المضارب ان يسترد منه الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقي
في يده من راس المال وان اقتسماه اي الربح من غير فسخ ثم هلك المال كله او بعضه
ترادّاه اي الربح الذي اقتسماه حتى يتم راس المال لما ذكرناه ان الربح تبع ولا يسلم
التبع بدون سلامة الاصل نظيره ان الورثة لو عزلوا بعض التركة لقضاء دين
الميت به ثم اقتسموا بقية التركة ثم هلك المعزول فان قسمتهم قد بطلت ووجب
عليهم المراد لقضاء الدين فان فضل شيء اي ان فضل بعد التراد من راس المال
اقتسماه لانه ربح فهو بينهما على ما شرطا وان لم يف رأس المال اي بعد التراد
فلا ضمان على المضارب لانه امين لا ضمين فصل ولا ينفق المضارب
على نفسه ولا على خادمه من ماله اي مال المضاربة في مصره الذي كان ولد فيه بقرينة
او في مصر اتخذه دارا لان المراد منه ما اتخذه وطنا له لا مجرد ما نوى الاقامة فيه بدون
اتخاذ الدار فيه فيكون المراد بالاول هو الوطن الاصلي الذي ولد فيه وهذا لان النفقة
تجب باداء الاحتباس كنفقة القاضي والمفتي والزوجة والمدرس والمضارب ما دام في مصره

اصليا او اتخاذيا غير محتبس لعمل المضاربة بل هو ساكن فيه بالسكنى الاصلى فلا يجب
له النفقة فى مال المضاربة بل ينفق من مال نفسه حتى لو سكن فى مصر بنية الاقامة
بدون اتخاذه دارا تجب النفقة فى مال المضاربة لانه ساكن فيه لعمل المضاربة لا بالسكنى الاصلى
قال فى البزازية ما دام يعمل المضارب فى المصر فنفقته من مال نفسه وان كان المصر كبيرا
وهو قائم فى ناحية منه يعمل للمضاربة انتهى ولا فى الفاسدة من المضاربة لانه يكون
فيها اجيرا له اجر مثله بيقين والاجير لا يستوجب النفقة لتعين اجرته ولهذا اى عدم
لزوم النفقة فى مال المضاربة هو القياس فى المضارب المسافر ايضا لانه بمنزلة الوكيل
او المستبضع لكونه عاملا لغيره بامره او بمنزلة الاجير لكونه شرط لنفسه شيئا من
الربح ولا يستحق واحد من هؤلاء النفقة فى المال الذى يعمل به فكذا المضارب مطلقا الا
انا تركناه فى المضارب المسافر بالمال المضاربة استحسانا لاجل العرف لان العرف بين التجار
على ان النفقة فى مال المضاربة فى السفر وفى مال المضارب نفسه فى الحضر وفرقنا بين
وبين هؤلاء بان الوكيل والمستبضع متبرعان فى عملهما بخلاف المضارب لانه يعمل لنفسه
فى حق الربح وبان الاجير يستحق البدل بيقين فى مقابلة عمله فلا يتضرر بالانفاق
من مال نفسه بخلاف المضارب فانه لا يستحق الا الربح وهو فى حيز التردد اذ قد يحصل
وقد لا يحصل فلو انفق من مال نفسه يتضرر فاوجبناه من مال المضاربة فان سافر لاجلها
المضارب بمال المضاربة ليس المراد بالسفر هنا سفر القصر بل المراد مدة لو خرج
من اهله لا يبيت مع اهله فى ذلك اليوم بقرينة ما سيأتى مصرحا فى الكتاب من قوله
وما دون السفر الخ وقال فى المحيط السرخسى وان خرج المضارب ما دون السفر ينظر
ان كان يغدو ثم يروح الى منزله ويبيت باهله فلا نفقة له لانه ليس لهذا حكم
الخروج لان اهل المصر يتجرون فى السوق وفى السواد ثم يبيتون فى منازلهم وان
كان لا يبيت باهله فنفقته فى مال المضاربة لان خروجه قد صار للمضاربة فصار
محتبسا لاجلها ولو نوى الاقامة فى مصر فله النفقة فى مال المضاربة ولا تبطل نفقته
الا باقامته فى مصره او فى مصر يتخذه دارا لان الاقامة اذا كانت للتصرف فهو محتبس

محتبس لاجل المضاربة فاما اذا صار موطنا له فقد توطن بوطنه الاصلى فكانت اقامته
لتوطنه لا لاجل المضاربة انتهى فقد افاد ان للمضارب نفقة فى مال المضاربة فيما دون
السفر اذا لم يكن يبيت باهله لكن فى البزازية ما يوهم خلاف هذا حيث قال وان خرج
المضارب من العمران مع مال المضاربة ان كان مدة سفر والا فنفقته فى ماله انتهى
فانه افاد ان للمضارب نفقة فيما دون مدة السفر ولو دون يوم بمجرد تجاوزه من
عمران المصر ولم يقيد وجوب النفقة بعدم البيتوتة مع اهله اللهم الا ان يحمل كلام
البزازية على المقيد باضمار القيد هذا واذا انفق المضارب فى سفره من مال نفسه
فهل يرجع بما انفق فى مال المضاربة اولا ففى البزازية انه يرجع حيث قال صار مال
المضاربة دينا فى الناس ورب المال فى بلد آخر فانفق فى سفره وتقاضيه ما لا بد منه
يحتسب من المضاربة لان سعيه لاجل مالها وبه يعلم انه اذا انفق فى سفره من ماله
يرجع فى مالها لانه قد لا يجد بدا منه بان لا يصل يده الى مال المضاربة عند حاجته الى النفقة
الا ان يزيد نفقته على الدين فلا يرجع بالزيادة لان نفقته فى مال المضاربة لا فى ذمة
رب المال ولهذا اذا سافر بمالها وانفق من مال نفسه فى طعامه وكسوته وغيره
ليرجع على مال المضاربة ثم تلف المال قبل الرجوع لا يرجع على رب المال بخلاف ما اذا استاجر
دابة ليحملوا متاع المضاربة واشترى طعاما لها فضاع المال قبل ان ينفق يرجع على
رب المال انتهى فطعامه شروع فى بيان النفقة المعتبرة ههنا وشرابه من مالها
اى مال المضاربة بالمعروف بين التجار وكذا كسوته وركوبه شراء واستيجارا اى
بالمعروف بينهم وكذا اجرة خادمه اى خادم المضارب واما اجرة خادم رب المال
ودابته ففى مال رب المال لا فى مال المضاربة كذا فى البزازية وفراش ينام عليه وغسل
ثيابه اى ثياب المضارب وثياب خادمه وكذا ثياب عبد المضاربة والدهن كذا ذكره محمد
فى الاصل معللا بان الدهن يستعمل غالبا فى عموم الاوقات فصار كالذى لا بد منه
وذكر الكرخى فى مختصره ان الدهن فى مال المضارب نفسه لان هذا ليس من المؤن الاصلية
فى موضع يحتاج اليه كالحجاز وكذا الخضاب فى موضع يحتاج اليه فى مال المضاربة كل
[margin: ... لانه ذلك كله من لوازم ... ولم يرغب التجار فى معاملته]

ذلك بالمعروف وضمن ما كان زائدا على العادة اى عادة التجار لانه تعد على قدر الحاجة فيضمن
وكذا كل ما الزم المضارب فى سفره من علف دابته وعلف دواب الحمل والكلأ للحراسة
واكل الفاكهة واجرة الحمام والحلاق وقص الشارب كل ذلك فى مال المضاربة بالمعروف
للعرف ولان نظافة البدن والثياب توجب كثرة من يعامله لان صاحب الوسخ يعده الناس
من المفاليس فيجتنبون معاملته ونفقته اى نفقة المضارب فى مصره اصلا كما كان
او اتخاذا على ما تقدم من ماله اى مال المضارب كالدواء لانه لم يحتبس لعمل المضاربة بل
احتبس للسكنى الاصلى والنفقة انما تجب بازاء الاحتباس على ما تقدم قال فى المحيط وثمن
الدواء والحجامة والفصد وجارية الوطء او الخدمة فى مال المضارب لانه لا يحتاج
اليه فى عموم الاوقات انتهى ويرد ما بقى من كسوة وغيرها مما ذكرنا اذا قدم من سفره
بمصره الى راس المال متعلق بيرد وذلك لتمام الحاجة ودفع الضرورة بعد القدوم
بمصره والحكم ينتهى بتمام علته كالحاج عن الغير اذا بقى فى يده شىء رده على المحجوج عنه
او لوارثه وكالغازى اذا خرج من دار الحرب يرد ما بقى فى يده من النفقة الى الغنيمة
وكالامة اذا بواها مولاها منزلا مع الزوج ثم اخرجها للخدمة وقد بقى شىء من النفقة
فى يدها استردها الزوج من المولى وعن الحسن عن ابى ح انه الدواء واجرة الحجام
والكحل من مال المضاربة وما دون السفر كسوق المصر ان امكنه ان يغدو ويبيت
فى اهله لان اهل المصر يتجرون فى الاسواق والسواد ثم يبيتون فى منازلهم والا
اى وان لم يغدو ويبيت فى اهله فكالسفر فيجب فيها ما يجب فى مدة السفر من النفقة
وغيرها لانه ح صار محتبسا لعمل المضاربة وليس للمستبضع اى من ياخذ المال بضاعة
الانفاق من مالها اى من مال البضاعة لانه متبرع فيها الا ان كان اذن لها ويؤخذ ما
انفقه المضارب على نفسه وعلى خادمه ودوابه من الربح اولا وما فضل من الربح بعد
قسم بينهما على ما شرطا لانه ما ذهب بالانفاق هالك والهالك يصرف اولا الى الربح وان
لم يف الربح بالانفاق فمن راس المال على ما فى البزازية وان سافر ولم ينفق له شراء
المتاع فالنفقة فى مال المضاربة ايضا وان سافر المضارب بماله ومال المضاربة يعنى

يعنى اختلاط مال المضاربة بماله اما لكونه قد قيل له اعمل برايك او لكون الخلط فى تلك
البلد معتادة بين التجار سواء كان الخلط بالنصف او لا او سافر بمالين لرجلين
اى اخذ المال من رجلين مضاربة وسافر بهما انفق فى الصورتين بالحصة من المالين
ان بالنصف فالنصف او بالثلث فكذلك النفقة وان باع متاع المضاربة اى المتاع
الذى كان انفق عليه مرابحة حسب ما انفق عليه اى على ذلك المتاع وصورة البيع
مرابحة سبقت فى باب بيع المرابحة من حمل ونحوه كاجرة السمسار والصباغ
والقصار والطراز ونحو ذلك مما ذكر فى باب المرابحة اى يضم جميع ذلك من الاجرة
الى راس المال ويقول قام على بكذا لا نفقته نفسه لان هذه الاشياء تزيد فى القيمة
وتعارف التجار الحاقها براس المال فى بيع المرابحة فجاز ذلك بخلاف ما انفق على
نفسه فى سفره لانهم لم يتعارفوا ضمها الى راس المال ولا يزيد هو ايضا فى
قيمة المتاع بخلاف الانفاق على المتاع لانها بالزيادة على الثمن صارت فى معنى الثمن
ولو شرى مضارب بالنصف بالف المضاربة اى كان معه الف بالنصف مضاربة
فاشترى بهذا الالف بزا بفتح الباء متاع البيت خاصة على ما فى المغرب وباعه
بالفين واشترى بهما اى بالالفين عبدا فضاعا اى الالفان فى يده اى يد المضارب
قبل نقدهما اى الى البايع يغرم المضارب ربعهما اعنى خمسمائة والمالك اى رب المال
الباقى اعنى الفا وخمسمائة وربع العبد للمضارب وباقيه اى ثلاثة ارباعه للمضارب
وقد ذكرنا هذه المسئلة فيما سبق من المحيط والاصل فيها انه لما صار المال الفين
ظهر الربح فى المال وهو الف فكان بينهما نصفين فنصيب المضارب منه خمسمائة
فاذا اشترى بالفين عبدا صار العبد مشتركا بينهما فربعه للمضارب لان ربع
الثمن له وثلاثة ارباعه لرب المال لان ثلاثة ارباع الثمن له ثم اذا ضاع الالفان
فى يد المضارب قبل النقد الى البايع كان عليهما ثمن العبد على قدر ملكهما
فى العبد فربعه على المضارب وثلاثة ارباعه على رب المال ونصيب المضارب خرج
عن المضاربة لانه صار مضمونا عليه ومال المضاربة امانة عنده وبينهما تناف

ولا يدخل نصيبه في مال المضاربة ونصيب رب المال على المضاربة لعدم ما بينا فيهما
ورأس المال الفان وخمسمائة لانه دفع اليه مرة الفا ثم مرة اخرى الفا وخمسمائة
فصار مجموع ما دفع اليه الفان وخمسمائة ولا يبيعه اى العبد المشترى بالفين
مرابحة الا على الفين لان بيع المرابحة بيع بالثمن الاول وقد اشتراه بالفين
فلو بيع العبد المشترى بالفين مرابحة باربعة الاف فحصة المضاربة ثلاثة
الاف وربعه وهو الالف حصة المضارب والربح منها اى من ثلاثة الاف خمسمائة
بينهما على ما شرطا يعنى اذا بيع العبد باربعة الاف كان ربعه وهو الالف للمضارب
والفان وخمسمائة راس المال فهو لرب المال فبقى خمسمائة فهى الربح بينهما على
ما شرطا ولو اشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه من المضارب اى الذى معه
الف مضاربة بالف لا يبيعه المضارب مرابحة الا على خمسمائة لان بيعه من المضارب
وان قضى بجوازه بناء على تغاير مقصوديهما لان مقصود رب المال وصوله الى
الالف مع بقاء العقد ومقصود المضارب استعادة اليد على العبد الا ان فيه
شبهة عدم جوازه لانه بيعه من مضاربه كبيعه من نفسه لانه وكيل عنه
فيكون ماله بماله وهو غير جائز والشبهة فى المرابحة ملحقة بالحقيقة
لان المرابحة مبنية على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فكانه كالمعدوم
حقيقة فلا يجوز بناء المرابحة عليه فيبنى على اقل الثمنين اعنى ما اشتراه
به رب المال لثبوته من كل وجه بلا شبهة بخلاف الاكثر اعنى ما اشتراه
به المضارب فانه ثابت من وجه بالنظر الى تعلق حق المضارب به
غير ثابت من وجه بالنظر الى انه بيع ماله بماله فلا يبنى عليه المرابحة تحرزا عن
شبهة الخيانة فيكون المضارب كالوكيل له فى بيعه مرابحة على خمسمائة
ولو كان هذا بالعكس بان اشترى المضارب الذى معه الف عبدا بخمسمائة
فباعه من رب المال بالف يبيعه رب المال مرابحة على خمسمائة لان البيع
الجارى بينهما كالمعدوم لما ذكرناه بعينه فتبتنى المرابحة على ما اشتراه

اشتراه المضارب وهو اقل الثمنين فكان المضارب اشتراه له وناوله اياه
من غير بيع كذا ذكره الزيلعى وذكر فى الهداية لو اشترى المضارب عبدا بالف
وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه رب المال مرابحة بالف ومائة لانه بيعه من
رب المال اعتبر عدما فى حق نصيب رب المال من الربح وهى المائة لما ذكرناه
ونظيره ما ذكر فى شرح الكافى اذا دفع رجل الى رجل الفا مضاربة بالنصف
فاشترى المضارب بها عبدا فباعه من رب المال بالفين باعه رب المال
مرابحة على الف وخمسمائة لانا نعتبر فى حق رب المال الثمن الاول وذلك
الف وحصة المضارب من الربح وذلك خمسمائة فيبيعه مرابحة على الف وخمسمائة
وبيانه ان الالف خرج عن ملك رب المال فى ثمن العبد فيعتبر فى بيع المرابحة ونصف الالف
التى هى الربح ملك رب المال قبل البيع وبعده على ما شرطا فلا يعتبر اما النصف
الذى هو حصة المضارب من الربح خرج عن ملك رب المال الى ملك المضارب حقيقة
العبد فيعتبر كذا فى غاية البيان ولو اشترى مضارب بالنصف بالف المضاربة
عبدا يعدل الفين فقتل العبد رجلا خطأ فربع الفداء عليه اى على المضارب وباقيه
اى ثلاثة ارباع الفداء على المالك لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره
والمضارب ملك ربعه وهو خمسمائة نصف الربح ورب المال ملك ثلاثة ارباعه
وهو الف وخمسمائة الالف لكونه راس ماله والخمسمائة لكونها حصته من الربح
فكذا الفداء واذا فدى العبد خرج عن المضاربة اما نصيب المضارب منه فلانه
صار مضمونا عليه على ما ذكرناه واما نصيب رب المال فبقضاء القاضى بانقسام
الفداء عليهما لان قضاءه بالفداء يتضمن قسمة العبد بينهما لان الخطاب
بالفداء توجب سلامة الفداء ولا سلامة الا بالقسمة والمضاربة تنتهى بالقسمة
بخلاف ما اذا ضاع الالفان فى يد المضارب قبل نقدهما كما فى المسئلة المتقدمة
من حيث لا تنتهى المضاربة هناك لان جميع الثمن فيه على المضارب لكونه عاقدا
وان كان له الرجوع على رب المال بما ضمن فلا حاجة الى القسمة والدفع والفداء

ليس بالعقد حتى يكون عليه ويخدم العبد المضارب يوما والمالك ثلاثة ايام يعني على
مقدار ملكهما ولو اشترى المضارب بالف المضاربة عبدا وهلك الالف قبل نقده
الى البايع دفع المالك الثمن ثم وثم يعني اذا كان معه الف مضاربة فاشترى بها
عبدا وضاع الثمن قبل النقد يرجع على رب المال فاذا دفع رب المال اليه ثانيا فهلك
قبل النقد ايضا يرجع عليه ايضا وكذا يرجع عليه كلما هلك الى ان يسقط عنه العهدة
بوصول الثمن الى البايع لان المال في يده امانة وقد هلك وبقي عليه الثمن دينا وهو عامل
لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين وبالقبض ثانيا لا يصير المضارب
مستوفيا لان الاستيفاء لا يكون الا بقبض مضمون وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو
امانة فاذا لم يكن مستوفيا لان الاستيفاء لا يكون الا بقبض مضمون وقبض المضارب
ليس بمضمون بل هو امانة فاذا لم يكن مستوفيا كان له ان يرجع الى ان يستوفي حتى
يسقط عنه العهدة بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك بعد
الشراء فانه لا يرجع اليه الا مرة واحدة لانه امكن ان يجعل مستوفيا لانه وجب له
على الموكل مثل ما وجب عليه للبايع فاذا قبضه مرة بعد الهلاك صار مستوفيا لكونه
قبضا مضمونا عليه فاذا هلك ليس له ان يرجع به على الموكل لان المستوفي لم يبق
له حق بعد الاستيفاء ولم يوجد ما يمنع من جعله مستوفيا لحقه مضمونا
لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا وكله المغصوب منه ببيع المغصوب فانه
يصير وكيلا ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب الضمان
ولم يعتبر امينا هذا بخلاف ما اشترى ثم دفع الموكل اليه الثمن فهلك قبل نقده
فانه لا يرجع اليه لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض
بعده والمستوفي لا يرجع واما المدفوع اليه قبل الشراء فانه امانة في يده وهو
قائم على الامانة بعد فلم يصر مستوفيا فاذا هلك يرجع اليه مرة ثم لا يرجع
لوقوع الاستيفاء على ما ذكرناه وجميع ما دفع اي الى المضارب راس المال لانه دفعه
اليه بعقد المضاربة ولو كان مع المضارب الفان فقال لرب المال دفعت انت

انت الي الفا وربحت انا الفا وقال المالك بل دفعت اليك الفين فالقول للمضارب
هذا شروع في بيان الاختلاف الواقع بين رب المال والمضارب وهو على انواع
نوع في الاختلاف في مقدار راس المال ونوع في الاختلاف في مقدار راس المال مع
الاختلاف في مقدار الربح ونوع في الاختلاف في صفة راس المال ونوع في الاختلاف
في عموم المضاربة وخصوصها والمصنف رحمه الله اشار الى هذه الانواع
الاربعة على هذا الترتيب كما ترى وما ذكره من النوع الاول هو قول ابي يوسف
ومحمد ورجع اليه ابو حنيفة آخرا وقد قال اولا القول فيه قول رب المال وهو قول
زفر مستدلا بان المضارب يدعي الشركة وهو ينكر والقول قول المنكر ووجه
القول المرجوع اليه ان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك
قول القابض ضمينا كان كالغاصب او امينا كالمودع لكونه اعرف بمقدار المقبوض
وههنا انواع ثمانية اخرى لم يذكرها المصنف هو الاختلاف في مقدار الربح
الحاصل وفي حصول الربح وعدم حصوله والقول فيهما قول المضارب بناء
على ان الاصل عدم الزائد وعدم الربح كما ذكر في الاشباه والثالث في قدر ما
شرط من الربح للمضارب فالقول فيه قول رب المال مع يمينه لانهما اتفقا على المضاربة
والمضارب ادعى زيادة في الربح وانكرها رب المال وادعى الاقل فكان القول له لانه منكر
ولو اقاما البينة فالبينة للمضارب لانه اثبت زيادة شرط في الربح فكانت اولى
لان البينات شرعت للاثبات وكذلك ان انكر رب المال بشرط الربح وادعى المضارب
شرط نصف الربح فالقول لرب المال فللمضارب اجر المثل لانهما اختلفا في نوع
العقد لان رب المال ادعى اجارة فاسدة لانه لم يقر بما يكفي لصحة المضاربة
وكانه مقر بمضاربة فاسدة والمضاربة اذا فسدت كانت اجارة فاسدة
والمضارب ادعى المضاربة الصحيحة والمضاربة مع الاجارة عقدان مختلفان
فكان القول قول صاحب المال ولو قال المضارب شرطت لي ثلث المال وقال
رب المال شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم فلك اجر المثل فالقو

للمضارب والبينة لرب المال لانهما اتفقا على المضاربة الا ان رب المال ادعى زيادة
شرط يفسد العقد فلا يقبل قوله الا ببينة كما لو اتفقا على البيع وادعى احدهما
شرطا زائدا يفسد البيع بخلاف ما لو قال رب المال شرطت لك من الربح مائة وقال
المضارب شرطت لي ثلث الربح لانه اقر بالمضاربة الفاسدة لانه لم يقر بما يكفي
لصحة المضاربة فكان مدعيا اجارة فاسدة والمضارب ادعى المضاربة فقد اختلفا
في نوع العقد فكان القول لصاحب المال ولو قال رب المال شرطت لك ثلث المال الا عشرة
دراهم فالقول له وللمضارب اجر المثل لان المتكلم مع الاستثناء متكلم بما وراء المستثنى
فصار المضارب مدعيا تمام الثلث ورب المال ينكر فكان القول له ولو قال المال شرطت
لك الثلث وقال المضارب شرطت لي الربح ولم يربح فالقول لرب المال والبينة بينته
ايضا لان رب المال ادعى مضاربة جائزة والمضارب ادعى مضاربة فاسدة فكان
مدعيا اجارة فاسدة فقد اختلفا في نوع العقد فكان القول لرب المال والبينة
بينته ايضا لانها قامت على اثبات الشرط وبينة المضارب قامت على صورة لم تنفي
فكانت المثبتة اولى وكذلك لو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب شرطت
لي ربح مائة فله اجر المثل فالقول لرب المال بيمينه والبينة بينة المضارب لانها تثبت
الزيادة وهي اجر المثل كذا في المحيط ولو اختلفا مع ذلك اي مع الاختلاف في مقدار
راس المال في قدر الربح فللمالك مثل ان يقول رب المال راس المال الفان والمشروط
ثلث الربح وقال المضارب راس المال الف والمشروط نصف الربح فالقول في الربح
لرب المال وفي راس المال للمضارب اما في راس المال فلما مر واما في الربح فلان الربح
يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهة رب المال ولو انكر اصل الشرط بان قال
كان المال بيده بضاعة كان القول له فكذا اذا انكر الزيادة وايهما اقام البينة على ما
ادعاه من فضل قبلت وان اقاما جميعا فبينة رب المال اولى في راس المال وبينة المضارب
اولى في الربح لان البينات للاثبات هذا فيما اذا كان المضارب واحدا واما لو كان المضارب
اثنين واختلف احدهما مع رب المال وصدق الاخر رب المال في دعواه ففيه اختلاف

اختلاف بين المشايخ على ما ذكره في المحيط حيث قال فيه دفع الى رجلين مالا بالنصف
فجاء الرجلان بثلاثة الاف فقال رب المال كان راس مالي الفين والربح الف فصدقه احدهما
وكذبه الاخر وقال بل راس المال الف والربح الفان فرب المال يأخذ الفا من راس المال من
ايديهما لتصادقهما عليه ويأخذ ايضا خمسمائة من المصدق لانه اقر بانه راس
المال لا حق له ولا لصاحبه فيه فيدفعها الى رب المال ويقاسم الاخر خمسمائة مما في
يده اثلاثا ثلثاها لرب المال وثلثها للمضارب وطعن فيه عيسى بن ابان وقال ينبغي
ان يكون نصفين ووجه كل من الطرفين مذكور في المحيط ولو قال من معه الف
قد ربح فيها هي مضاربة زيد وقال زيد بل بضاعة فالقول لزيد لان المضارب
يدعي عليه تقويم عمله بمقابلة الربح او شرطا من جهته بمقدار من الربح او الشركة
فيه وهو ينكر والقول للمنكر وكذا لو قال ذو اليد هي قرض وقال زيد بضاعة او وديعة
او مضاربة صحيحة او فاسدة اي القول في هذه الصور لرب المال وهو زيد والبينة
لذي اليد لانه يدعي عليه تمليك الربح وهو ينكر ولو اقاما البينة فبينة ذي اليد اولى
لانها تثبت التمليك ولو كان الامر بالعكس بان ادعى رب المال القرض وذو اليد
المضاربة كان القول لذي اليد لانهما اتفقا على ان الاخذ كان باذن رب المال ورب
المال يدعي عليه ضمانا وهو ينكر فكان القول قوله وايهما اقام البينة قبلت ولو اقاما
فبينة رب المال اولى لانها اكثر اثباتا كذا في العناية والزيلعي وفصله في المحيط وقال
ولو قال رب المال هو قرض فادعى القابض المضاربة فان كان بعد ما تصرف
فالقول لرب المال والبينة بينته ايضا والمضارب ضامن لان العامل اقر بسبب
موجب للضمان وهو العمل في ماله فان التصرف في مال الغير موجب للضمان ثم ادعى
الاذن لابراء ذمته عن الضمان والاذن بالعمل لم يثبت لان صاحب المال يدعي القرض
والمستقرض لا يعمل باذن المقرض وانما يتصرف بحكم ملكه والبينة بينة رب المال لانها
اكثر اثباتا لانها اثبت ضمانا على القابض وبينة القابض اثبت شركة في الربح والضمان
اكد والزم من الشركة في الربح ولان العمل بالبينتين ممكن بتقدير المضاربة على القرض

لان القرض يرد على المضاربة والمضاربة لا يرد على القرض فانه يجوز ان يكون مضاربة
ثم يجعله قرضا فيقدم المضاربة لامكان العمل بالبينتين وان كان لم يتصرف فيه
فالقول له ولا ضمان عليه لانهما تصادقا على ان القبض كان باذن رب المال
ولم يثبت القرض وصار كانه قال اخذت منك هذا المال وديعة وقال رب المال
اخذته قرضا وقد هلك المال في يده قبل التصرف لا يضمن لتصادقهما على ان القبض
باذن المالك وديعة كان او قرضا فكذا هذا ولو قال رب المال اخذته غصبا وقال المضارب
دفعته مضاربة وضاع قبل العمل يبرا القابض بالغصب واما بعد العمل فان العمل
في مال الغير موجب للضمان الا ان يثبت الاذن ولم يثبت لانكار رب المال كما لو قال
اكلت مالك باذنك وانكر صاحب المال الاذن والبينة للمضارب في الوجهين لانها اكثر
اثباتا لانها اثبت المضاربة واذنا بالقبض والعمل واوجبت شركة في الربح وبينة
رب المال ينفي ذلك ولكنها اوجبت ضمانا على القابض لا غير ولانه امكن العمل
بالبينتين بان يجعل كانه غصب ثم دفع مضاربة لان المضاربة ترد على الغصب
واما المضارب فلا يصير غاصبا للمال المضاربة الا بالخلاف ورب المال لم يدع
غصبا على المضاربة بل ادعى غصبا ابتداء ولو قال المضارب اطلقت في كل تجارة
وقال المالك عينت نوعا من التجارة فالقول للمضارب ولو ادعى كل من رب المال
والمضارب نوعا فللمالك اعلم ان الاختلاف الواقع بينهما في عموم المضاربة و
خصوصها على وجهين احدهما الاختلاف في العموم والخصوص وهو ما ذكره بقوله
لو قال المضارب اطلقت وقال المالك عينت نوعا وذلك بان قال رب المال دفعت
اليك مضاربة في الطعام خاصة وقال المضارب ما سميت تجارة بعينها فان
كان هذا الاختلاف قبل التصرف لا يكون للمضارب التصرف في عموم التجارة لانه لو
نهاه رب المال عن العموم قبل التصرف صح نهيه فكذا هذا وان كان بعد التصرف
فالقول قول المضارب استحسانا ولرب المال قياسا وهو قول زفر ورواية الحسن
لان الاذن يستفاد من جهة رب المال ولو انكر الاذن اصلا كان القول له فكذا اذا

اذا انكر البعض وصار كالبضاعة لو اختلف المبضع والمستبضع في عموم الاذن
وخصوصه فالقول لرب المال فكذا هذا ووجه الاستحسان ان مقتضى المضاربة
الاطلاق والعموم لان في لفظة المضاربة ما ينبئ عن العموم لانها من الضرب في الارض
والضرب في الارض كلها يكون للتجارة كلها فمدعي الخصوص يدعي تغيير موجب العقد
بحسب معناه اللغوي المعتبر في معناه الشرعي ايضا فلا يصدق الا ببينة ومدعي العموم
يتمسك بالاصل فيكون القول له بخلاف البضاعة لانها تنبئ عن دفع بعض
المال ولا ينبئ عن العموم لغة فلم يكن مدعي الخصوص فيها مدعيا تغيير موجب العقد
والاذن مستفاد من جهته فيكون القول له وان اقاما البينة على ما قالا فبينة رب
المال ولو وقت احدهما اولم يوقت او وقتا على السواء لان مدعي الخصوص يثبت
ببينة ما ليس بثابت وهو تغيير العقد عن مقتضاه بشرط زايد اقترن به وان
وقتا يؤخذ ببينة الوقت الاخير لان الاول يحتمل الانفسخ والثاني فيما اذا
اتفقا في خصوص العقد ثم اختلفا في نوعه وهو الذي ذكره المص بقوله ولو
ادعى كل نوعا وذلك بان قال رب المال اذنت لك في البز خاصة وقال المضارب اذنت
لي في الطعام فالقول لرب المال لان الاذن يستفاد من جهته لانهما اتفقا
على تغيير موجب العقد فيثبت التغيير باتفاقهما وانما اختلفا في صفته
وكان القول في صفة العقد قول من يستفاد الاذن من جهته واذا كان القول
لرب المال فالبينة للمضارب وان اقاما البينة فان وقتا اخذ ببينة الوقت الاخير
وان وقت احدهما اولم يوقت فالبينة بينة المضارب لان توقيت احدهما
لا يحصل فائدة لانه لا يظهر به التقديم والتاخير فجعل كانهما لم يوقتا فيصير
المضارب مدعيا لانه يحتاج الى دفع الضمان عن نفسه ورب المال لا يحتاج الى الاثبات
وكذا لو وقتا وقتا واحدا كذا في المحيط وقال في العناية في هذه المسئلة ولو وقت البينتان
وقتا فصاحب الوقت الاخير اولى لان اخر الشرطين ينقض الاول وان لم يوقتا او وقتا
على السواء او وقت احديهما دون الاخرى فالبينة لرب المال لانه تعذر القضاء

بهامعا للاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك واذا تعذر القضاء بها
يعمل ببينة رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت انتهى ولا يخفى عليك ما فيه من المخالفة لما ذكرناه
من المحيط وذكر في البزازية مثل ما ذكره في المحيط حيث قال فيها قال المضارب هو في الطعام
وقال رب المال هو في الكرباس فالقول له وان برهنا فللمضارب لان رب المال لا يحتاج الى الاثبات
والمضارب يحتاج الى اثباته لدفع الضمان عن نفسه وان وقتا فالوقت الاخير اولى انتهى
ولو قال المضارب امرتني بالنقد والنسيئة وقال رب المال امرتك بالنقد فالقول للمضارب
والبينة بينة رب المال لانه يدعي الخصوص وهو خلاف مقتضى العقد وكذلك لو قال امرتك ان
تعمل بالكوفة وامرتك ان تشتري كذا وقال المضارب بالعموم وكذلك لو اختلفا في المنع من
السفر بان خرج المضارب بالمال من المصر فقال رب المال لم امرتك بالخروج وانكر المضارب
فالقول له في ظاهر الرواية وفي رواية النوادر ضمن ولو اختلفا في الشراء للمضاربة بان
اشترى المضارب عبدا بالف فقال رب المال اشتريته لنفسك وقال المضارب لا بل على
المضاربة فلا يخلو اما ان كان الف المضاربة والعبد قائمين او هالكين او احدهما قائم
والاخر هالك فان كانا قائمين فالقول للمضارب لانه يحكي امرا يملك استينافه فانه
يملك انشاء الشراء على المضاربة للحال فيصدق فيما يحكي عنه وان كانا هالكين او كان
مال المضاربة هالكا والعبد قائما لا يصدق المضارب الا ببينة لانه بعد هلاك مال المضاربة
لا يملك انشاء الشراء لان المضاربة انتقضت بهلاك رأس المال فانعزل المضارب فلا يصدق
وان كان مال المضاربة قائما والعبد هالكا يصدق المضارب في حق تسليم ما في يده الى
البايع ولا يصدق في حق الرجوع بمثله على رب المال اذا هلك المال في يده لان رأس المال مشغول
بثمن عبد هالك اشترى عبدا بالف ولم يسم ثم اشترى عبدا آخر ولم يسم فقال نويتهما
على المضاربة بالف ولم ينقد المال فهو على اوجه اما ان صدقه رب المال فيهما او كذبه
فيهما او صدقه في الاول وكذبه في الثاني او على العكس منه ففي الاول والثاني والثالث
العبد الاول للمضاربة دون الثاني واما في الرابع فالقول لرب المال والعبد الثاني
للمضاربة اقتسما الربح ثم اختلفا في رأس المال فقال المضارب دفعت اليك رأس المال

المال ثم اقتسمنا وقال رب المال ما دفعت الي رأس المال فالقول لرب المال والبينة للمضارب
لان المضارب بدعوى رد رأس المال يدعي استخلاص ما قبضه من الربح لنفسه وانقطاع
شركة رب المال فيه وانكره رب المال فيكون القول له الكل في المحيط كتاب
الوديعة الايداع في اصطلاح الشرع تسليط المالك غيره على حفظ ماله قال
في المصباح اودعت زيدا مالا دفعته اليه ليكون عنده وديعة وجمعها الودايع واخذته
منه وديعة فيكون الفعل من الاضداد لكن الفعل في الدفع اشهر انتهى فعلم منه ان كلام
المصنف مبني على هذا الاشهر ثم الايداع ينعقد بايجاب وقبول بان قال اودعتك هذا المال
او ما قام مقامه فعلا كانا او قولا وقبل الاخر حقيقة او عرفا فان من وضع ثوبه بين
يدي رجل وقال هذا وديعة عندك وذهب صاحب الثوب ثم غاب الاخر وترك الثوب ثمه
فضاع كان ضامنا لان هذا قبول الوديعة عرفا والوديعة فعيلة بمعنى مفعولة
على ما في المصباح وفي المغرب يقال اودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه
ليكون عنده فانا مودِع ومستودِع بالفتح ايضا اي وديعة انتهى ما يترك عند
الامين للحفظ وانما سمي بها لانها في اللغة بمعنى الترك وهي اي الوديعة امانة هذا
من قبيل حمل الاعم على الاخص لان الوديعة لا تكون الا بالعقد بالايجاب والقبول والامانة
اعم منه فانها قد تكون بلا عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالقته في بيت غيره فانه يكون
امانة عنده ولا يقال انه وديعة كذا في العناية فلا تضمن بالهلاك لقوله صلى الله عليه
وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان والغلول
والاغلال الخيانة الا ان الغلول في المغنم والاغلال عام ولان شرعية الوديعة لحاجة
الناس اليها فلو ضمنا المودع امتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل المصالح اعلم
ان الامانات مضمونة بالموت مجهلا الا في مسائل منها الناظر اذا مات مجهلا غلات
الوقف فانه لا يضمن ومنها القاضي اذا مات مجهلا اموال اليتامى عند من اودعها
لا يضمن ومنها السلطان اذا اودع بعض الغنيمة عند الغازي ثم مات ولم يبين من اودعها
لا يضمن ومنها احد المتفاوضين اذا مات ولم يبين حال المال الذي في يده لا يضمن

انتفاع ذكر النوع واصطلاحه وصفه فكان القول لمن يستفاد

والاصل فيه قوله تعالى ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها وهي وان نزلت في رد مفتاح الكعبة الى عثمان ابن طلحة فهي عامة في جميع الامانات والاصل عموم اللفظ لا خصوص السبب وفي الحديث اد الامانات الى من ائتمنك رواه الترمذي وغيره

مطلب الامانات مضمونة بالموت مجهلا الا في مسائل

ومنها الوصي اذا مات مجهلا لا يضمن ومنها الاب اذا مات مجهلا مال ابنه لا يضمن ومنها
الوارث اذا مات مجهلا ما اودع عند مورثه لا يضمن ومنها انه اذا مات مجهلا لما القته
الريح في بيته لا يضمن ومنها انه اذا مات مجهلا لما وضعه مالكه في بيته بغير علمه لا يضمن
ومنها اذا مات الصبي مجهلا لما اودع عنده محجورا هكذا جمعها في الاشباه نقلا عن
الفتاوى وفي البزازية ذكر مسئلة موت القاضي مجهلا ثم قال التجهيل فيما اذا قبض القاضي
مال اليتيم ووضعه في منزله ولا يدري اين وضعه ومات يضمن ثم قال ولو قال القاضي حال حياته
ضاع مال اليتيم او انفقته عليه لا يضمن وذكر فيها ايضا مسئلة موت احد المتفاوضين مجهلا
نقلا عن التتمة مثل ما في الاشباه وقيد المال بمال الشركة ولم يطلقه كما اطلق في الاشباه
ثم قال في الفصل السادس من اخر الوديعة متفاوضان اودع انسان عند احدهما ثم
مات المودع بلا بيان فالضمان عليهما انتهى فعلم منه ان تقييد المال في مسئلة المتفاوضين
بمال الشركة مما لا بد منه في الاستثناء عن القاعدة المذكورة وقال في شركة البحر نقلا
عن الناطفي واما احد المتفاوضين اذا كان المال عنده ولم يبين حال المال الذي كان
عنده فمات فذكر بعض الفقهاء انه لا يضمن واحاله الى شركة الاصل وذلك
غلط بل الصحيح انه يضمن نصيب صاحبه كذا في فتاوى قاضيخان وبه تبين ان ما في
فتح القدير وبعض الفتاوى ضعيف وان الشريك يكون ضامنا بالموت عن تجهيل
عنانا او مفاوضة انتهى ما في البحر ثم معنى موته مجهلا ان لا يبين حال الامانة
وكان لا يعلم ان وارثه يعلمها فان بينها وقال في حياته رددتها فلا تجهيل ان برهن
الوارث على مقالته والا لم يقبل قوله وان كان يعلم ان وارثه يعلمها فلا تجهيل ايضا
على ما صرح به في البزازية حيث قال المودع انما يضمن بالتجهيل اذا لم يعرف الوارث
الوديعة اما اذا عرف والمودع يعلم ان وارثه يعلم ومات ولم يبين لا يضمن ولو قال
الوارث انا علمت الوديعة وانكر الطالب ان فسر الوديعة وقال الوديعة كذا وكذا
وانا علمتها وقد هلكت صدق ان اختلف الوارث والمودع اي الطالب فقال الطالب
انه مات مجهلا وقالت الورثة كانت الوديعة قائمة يوم مات المودع وكانت

وكانت معروفة ثم هلكت فالقول للطالب في الصحيح لان الوديعة صارت دينا في التركة
ظاهرا فلا يقبل قول الورثة قالت الورثة ردها مورثنا الوديعة في حياته لم تقبل
قولهم ولو برهنوا انه قال حال حياته رددتها تقبل والحاصل ان المودع اذا مات مجهلا
فالوارث لا يصدق في دعوى الهلاك ما بعد موته ولا في دعوى رد مورثه بل القول فيه
قول الطالب الا ان يقيم الوارث بينة بخلاف ما اذا عين الميت المال في حياته او علم بذلك
فانه ح يكون امانة في يد الوارث كما في يد المورث فيصدق في دعوى التسليم والهلاك
على ما صرح به في سادس وديعة البزازية وفي الفصل الثاني من البزازية ايضا المضارب
لو قال قبل موته اودعت مال المضاربة فلانا ثم مات لا شيء عليه ولا على وارثه ولو انكر
فلان ايداعها عنده فالقول له مع يمينه ولا شيء عليه ولا على الورثة ولو مات فلان
قبل ان يقول شيئا ولم يعلم ان المضارب دفعه اليه الا بقوله لا يصدق عليه وان
دفعه الحلف بالبرهان او الاقرار منه ثم مات المضارب ثم فلان مجهلا كان دينا في
مال فلان ولا شيء على المودع ولو مات المضارب وفلان حي فقال رددتها عليه
في حياته فالقول قوله ولا ضمان عليه ولا على الميت وللمودع ان يحفظها بنفسه
وعياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال الغير على الوجه الذي يحفظ مال نفسه
وهو انما يحفظ مال نفسه بمن في عياله اي من يساكنه سواء كانت نفقته عليه
او لا فيجوز ان يدفع الوديعة اليهم ايضا وعن محمد ان المودع اذا دفع الوديعة
الى وكيله وهو ليس في عياله او دفع الى امين من امنائه ممن يثق به من مال
نفسه وليس في عياله لا يضمن لانه حفظه مثل ما يحفظ ماله وجعله مثله فلا
يجب عليه اكثر من ذلك ذكره الزيلعي نقلا عن النهاية وقال وعليه الفتوى
ثم قال وعلى هذا لم يشترط في التحفة في حفظ الوديعة بالعيال وقال لانه يلزم
المودع حفظ الوديعة على الوجه الذي يحفظ ماله حتى له ان يحفظ بشريك
العنان والمفاوضة وعبده المأذون له في يده ماله اقول علم منه ان المراد بالامين
المذكور من يحفظ ماله بوجه من وجوه الامانة من الشركة والمضاربة والوديعة

والعارية ونحوها الامين يثق به مطلقا بناء على ظاهر حال المسلم وهذا هو المراد
بالامين ايضا في قولهم الامين يقبل قوله مع يمينه وله السفر بها اي بالوديعة
وان كان لها حمل ومؤنة عند ابي ح عند عدم النهي والخوف والذي ظهر من اعادة
اللام الجارة ان قوله عند عدم النهي والخوف متعلق بالسفر وحده ولا يخفى عليك
صحة تعلقه بقوله ان يحفظها بعياله ايضا لان حفظه بعياله مشروط ايضا بعدم
النهي وبعدم خوف الخيانة والامر فيه سهل ثم الذي ظهر من البزازية ان اشتراط
عدم النهي في الحفظ مع عياله ليس على اطلاقه بل في عياله الذي له بد فيه واما في
عياله الذي ليس له بد فيه فلا فائدة في اشتراط عدم النهي على ما تقدم حيث
قال ان كانت الوديعة مما تمسك في البيت فقال لا تدفعها الى زوجتك فدفع اليها لا يضمن
وقيل لو نهاه عن الدفع الى بعض عياله فدفع ان لم يجد بدا منه لا يضمن والا يضمن قال
لا تدفع الى غلامك فدفع لا يضمن انتهى واعلم انهم اختلفوا في معنى التعدي في هذا
الباب قال بعضهم معناه ترك الحفظ الملتزم والقصور فيه وقال بعضهم المتعدي
هو الذي يفعل بالوديعة ما لا يرضى به المودع كذا في العناية فالظاهر منه ان التعدي
لا بد فيه من فعل المودع سوى التقصير في الحفظ والظاهر من كتبهم هو الاول
خلافا لهما فيما له حمل ومؤنة الحمل بالفتح مصدر حمل الشيء ومنه قولهم ما له
حمل ومؤنة يعنون ما له ثقل يحتاج في حمله الى ظهر وحمال كذا في المغرب بيانه ان
للمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة اذا كان الطريق امنا ولم ينه عنه
وان كان مخوفا او نهي عنه ضمن بالاتفاق واذا كان آمنا وله بد من السفر فكذلك
ضمن وان لم يكن له بد فسافر باهله لا يضمن وان سافر بنفسه يضمن لانه امكنه
تركها في اهله ولا فرق بين السفر الطويل والقصير هذا عند ابي ح وقالا ليس له ذلك
اذا كان له حمل ومؤنة لكن قيل عند ابي يوسف ليس له الخروج فيما له حمل ومؤنة
اذا كانت المسافة بعيدة لا ان القصيرة لا يخاف فيها عادة ولهذا تسافر المرأة السفر
القصير بغير زوج ومحرم وعند محمد ليس له ذلك قريبا كانت المسافة او بعيدا

او بعيدا اذا كان له حمل ومؤنة لانه يلزمه الرد والظاهر انه لا يرضى به ولابي ح
اطلاق الامر لان الامر امره بالحفظ مطلقا فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان
والمفازة قد تكون محلا للحفظ اذا كان الطريق امنا ولهذا يملك الاب والوصي
المسافرة بمال الصبي ولو كان التلف مظنونا لما جاز لهما ذلك مع ان ولايتهما نظرية
ولهما انه قد يلزم المالك بذلك مؤنة الرد لاحتمال ان المودع يموت في الطريق والظاهر
انه لا يرضى به فيتقيد به قلنا سلمنا ان المؤنة قد يلزم المالك لكنه ليس بمعنى من
قبل المودع بل من حيث ضرورة امتثال المودع امر المالك فانه امره مطلقا وهو لا يتقيد
بمكان فهو لمعنى راجع الى المالك فلا يبالي به فان حفظها بغيرهم اي بغير من
في عياله ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره لان الايدي تختلف في الامانة
ولان الشيء لا يتضمن مثله كالمضارب لا يضارب والوضع عند من ليس في عياله
بيان تفسير العيال
ايداع كالتسليم اليه فيوجب الضمان اعلم انهم اختلفوا في تفسير العيال ههنا
قيل هو الذي يسكن معه ويجري عليه نفقته وقيل هو الذي يساكن معه
بلا اعتبار النفقة والثاني اعم من الاول فعلى هذا المودع اذا اجر بيتا من
داره من رجل ودفع الوديعة الى هذا المستاجر ان كان لكل غلق على حدة يضمن
وان لم يكن وكل منهما يدخل على الاخر بلا حشمة لا يضمن كذا في البزازية اما الضمان
فلعدم كون هذا المستاجر عياله على التفسيرين واما عدم الضمان في الثاني فلكون
هذا المستاجر في عياله على التفسير الثاني ولو دفع الوديعة الى مستاجره مشاهرة
او مسانهة لا يضمن لانه في عياله على التفسيرين بخلاف المستاجر مياومة لانه
ليس في عياله على التفسيرين قال في البزازية والعيال هو الذي يسكن معه ويجري
عليه نفقته والابوان كالاجنبي حتى يشترط كونهما في عياله ولا يشترط ذلك
في حق ولده الصغير وزوجته حتى لو كانت الزوجة تسكن في محلة وهو لا ينفق
عليها ولا يجيء اليها لا يضمن وكذا لو دفعت المرأة الى زوجها لا يضمن وان لم يكن
هو في عيالها والولد الصغير كذلك لكن يشترط في حقه ان يكون قادرا على الحفظ

وفي النصاب العبرة للمساكنة لا النفقة الا ترى ان الابن لو كان ساكنا معهما وليس
في عيالها فخرجا وتركا المنزل عليه لا يضمنان انتهى كلام البزازية قوله وليس في عيالهما
اي ليس عليهما نفقته وقال فيها ايضا خلف امرأته في منزله الذي فيه ودايع الناس
ثم رجع وطلب الودايع ولم تجدها ان كانت امينة لا يضمن وان كانت غير امينة
وعلم بذلك ومع ذلك ترك الودايع في البيت يضمن وعن هذا قالوا في تيم بان اخاه
ذهب وترك الحال على عبد له فذهب العبد بودايع الناس يضمن ان كان سارقا وهو
عالم به انتهى فعلم منه ان جواز الحفظ بعياله مشروط بكون عياله امينا لا يظن به الخيانة
وقال ابن ابي ليلى لا يضمن المودع بالايداع الى الاجنبي ولا مودع المودع بالقبض لانه يجب
عليه ان يحفظ الوديعة مثل ما يحفظ ماله ويحفظ ماله تارة بنفسه وتارة بغيره
قلنا لم يوجد من المودع الرضا بالدفع الى غيره ولا الدلالة على الرضا اذ لو رضي بالدفع
الى غيره لما اودعه عنده فكان متعديا بالدفع فيضمن الا اذا خاف الحرق او الغرق
فدفعها الى جاره او الى سفينة اخرى فانه لا يضمن بالدفع فانه تعين الدفع
الى الجار والسفينة للحفظ فيكون مرضي المالك فينتفي الضمان لكنه متهم في دعوى
ذلك لادعائه ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب وهو الدفع الى الجار
او السفينة فصار كدعوى الاذن بالايداع فلا بد من اقامة البينة عليه ولا يصدق
بمجرد قوله وفي الزيلعي هذا اذا لم يمكنه الدفع الى عياله في ذلك الوقت وان
امكنه ذلك ودفعها الى الاجنبي ضمن لعدم الضرورة ح وكذا لو القاها الى سفينة
اخرى وهلكت قبل ان يستقر فيها بان وقعت في البحر ابتداء او بالتدحرج يضمن
لان الاتلاف حصل بفعله هذا وفي المنتقى اذا علم احتراق بيته قبل قوله بلا بينة وفي
الحدادي المودع اذا قال ذهبت الوديعة من منزلي ولم يذهب من مالي شيء يقبل قوله
مع يمينه بلا بينة ولو قال المودع وضعت الوديعة بين يدي ثم قمت ونسيت
فضاعت يضمن ولو قال وضعتها بين يدي في داري ان كان مما لا يحفظ في عرصة الدار
ككثرة الذهب والفضة ونحوهما يضمن ايضا والا فلا انتهى وفي القنية احترق

مطلب احترق بيت المودع فلم ينقل الوديعة يضمن

احترق بيت المودع فلم ينقل الوديعة الى مكان اخر مع امكانه يضمن اذا تمكن
من حفظها بنقلها الى مكان آخر فالرح ويعرف من هذا كثير من الواقعات انتهى
فان طلبها اي الوديعة ربها فحبسها وهو قادر على تسليمها صار غاصبا لانه
متعد بالحبس بعد الطلب فيضمن وكذا اي يضمن لو جحدها اياها عند طلب ربها
لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك بالامساك صار غاصبا فيضمن
وان وصلية اقر بعده لان العقد قد ارتفع بالجحود اذ المطالبة بالرد رفع للعقد من
جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود الوكيل الوكالة
وكجحود احد المتعاقدين البيع فتم الرفع ولان المودع قد عزل نفسه عن الوديعة
بالجحود بمحضر من المالك فاذا عزل نفسه ارتفع العقد واذا ارتفع لا يعود الا
بتجديده ولم يتجدد فلم يوجد الرد الى نائب المالك اعني المودع نفسه باقراره
فصار غاصبا بخلاف الخلاف فعلا ثم العود الى الوفاق فان الشيء يرتفع بما ينافيه
والفعل لا ينافي القول اي عقد الوديعة واما الجحود فهو قول بنقيض العقد فينافيه
فيرتفع به فلا يعود بخلاف جحدها عند غيره اي غير المالك بان قال له رجل ما حال
وديعة فلان فقال ليس له عندي وديعة فانه لا يضمنها بهذا الانكار عند الثلاثة
وكذا لو جحدها عند مالكها من غير طلب منه مثل ان يقول ما حال وديعتي عندك
فقال ليس لك عندي وديعة لا يضمن لانه من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين
وقال زفر يضمن وذكر الناطفي اذا جحد المودع الوديعة عند صاحبها يكون ذلك
فسخا للوديعة حتى لو نقلها المودع من الموضع الذي كانت فيه في حالة الجحود يضمن
وان لم ينقلها عن ذلك المكان بعد الجحود فهلكت لا يضمن كذا في قاضيخان ثم قال
فيه ايضا صاحب الوديعة اذا طالب المودع بالرد فجحد فاقام صاحب الوديعة
البينة انه اودعه كذا واقام المودع البينة انها ضاعت عنده لا تقبل بينته ويكون
ضامنا وكذا لو اقام المودع البينة انها كانت ضاعت قبل الجحود وذكر في المنتقى اذا
جحد المودع الوديعة ثم ادعى انه ردها بعد ذلك واقام البينة قبلت بينته وكذا

لو اقام البينة انه ردها قبل الجحود ولو قال انما غلطت في الجحود او نسيت او ظننت
اني رددت حين دفعتها الي وانا صادق في قولي هذا واقام بينة قبلت بينته
في قياس قول ابي ح وابي يوسف وان خلطها اي الوديعة بماله بحيث لا تتميز ضمنها
احترز به عن الخلط بطريق المجاورة مع امكان التمييز كخلط الجوز بالكوز
والدراهم البيض بالسود فانه لا يقطع حق المالك بالاجماع لتيسر الوصول الى
عين حقه واعلم ان خلط المودع على اربعة انواع ولكل نوع حكم على ما سياتي بيانه
واما لو خلطها الاجنبي او بعض من في عيال المودع فلا يضمن فيه المودع بل يضمن
الخالط صغيرا كان او كبيرا ولا يضمن ابوه لاجله على ما صرح به في اول وديعة
البزازية فان خلطها بجنسها سواء كان الخلط بطريق المزج كخلط الدهن بمثله
والخل بمثله او بطريق المجاورة كخلط الحنطة بمثلها والشعير بمثله والدراهم
البيض بمثلها والسود بمثلها ضمن وانقطع حق المالك منها اي لا شركة بينهما
في المخلوط في المايع وغيره كما ذكرناه عند الامام وعندهما في غير المايع للمالك
ان شركه ان شاء لهما انه تعذر الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة
فكان هذا الخلط استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله
انه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه الى عين حقه وقولهما وامكنه معنى
بالقسمة غير صحيح لان القسمة من احكام الشركة ومقتضياتها فلا يصلح ان يكون
علة موجبة لها والا لانقلب المعلول علة ثم لو ابراته المالك الخالط سقط
حقه عن ذمة المودع عند الامام لانه لا حق له الا في الدين وقد اسقط وعندهما
لا بل انما يسقط خيرة الضمان لكون الدين متعينا لصرف الابراء اليه فيبقى
الشركة في المخلوط وكذا اي للمالك ان شركه ان شاء في المايع عند محمد قليلا
كان المخلوط او كثيرا بناء على ان الجنس لا يغلب الجنس عنده كما قال في الرضاع
اذا جمع بين لبن امراتين في قدح وصب في حلق رضيع يثبت الرضاع منهما
جميعا عنده بلا فرق بين القليل والكثير وعند ابي يوسف يصير الاقل تابعا

في المايع

عبارة الغالب باجزائه

تابعا للاكثر فيه اي في المايع فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويضمن لصاحب القليل
اعتبارا للغالب اجزاء وان خلطها بغير جنسها بطريق المجاورة او المزج كبر بشعير
وزيت بشيرج ضمن الخالط وانقطع حق المالك منها اجماعا لانه استهلاك
صورة لعدم التمايز بينهما ومعنى لتعذر القسمة بسبب اختلاف الجنس لان تحقيق
القسمة بالافراز وذلك انما يكون عند اتحاد الجنس وهذا على رواية واحدة
في الخلط بطريق المزج بغير الجنس واما في الخلط بطريق المجاورة كخلط البر
بالبر قيل فيه اختلاف والصحيح انه لا فرق بينهما على ما اختاره المص وهو المذكور
في الهداية لان حبات احدهما لا يخلو عن حبات الاخر وقيل ان خلط البر بالشعير
مثل خلط البر بالبر والشعير بالشعير فكان على الاختلاف المذكور فيه والحاصل
انه الخلط بحيث يتعذر التمييز على اربعة انواع خلط بجنسها بطريق المجاورة
او بطريق الممازجة وخلط بخلاف جنسها بطريق المجاورة او بطريق الممازجة
وقد علم حكم كل منها وان اختلطت الوديعة بماله بلا صنعه كما لو انشق
الكيسان فاختلطا في صندوق المودع اشتركا اجماعا لانه لم يصنع شيئا يوجب
الضمان فان هلك البعض كان منهما لهما جميعا اذ الاصل في المال المشترك ان يكون
الهالك والباقي على الشركة وان تعدى المودع فيها اي في الوديعة بان كانت
ثوبا فلبسه او دابة فركبها او عبدا فاستخدمه ضمن ان هلك من ذلك
الفعل هذا اصل كلي في الضمان ومن فروعه اذا قال المودع وضعت الوديعة
في مكان حصين فنسيت قالوا انه يضمن لانه جهل الامانة فيكون متعديا كما
لو مات مجهلا وقال الفقيه ابو الليث انه ان قال وضعت الوديعة في داري
فنسيت المكان لا يكون ضامنا ولو قال لا ادري وضعتها في داري او في موضع
آخر كان ضامنا وهكذا روي عن ابي يوسف ولو قال وضعت الوديعة
بين يدي في مكان ثم قمت فنسيتها او قال سقطت مني قال الفقيه ابو بكر
البلخي يضمن وقال الفقيه ابو الليث ان قال سقطت مني لا يضمن ولو قال بالفارسية

خلط الاشياء على اربعة انواع

بيقكندم يكون ضامنا لو قال سقطت الوديعة يضمن وقال الامام ظهير الدين
لا يضمن كما لو قال سقطت الوديعة وعليها الفتوى ولو قال ضاعت الوديعة
لا يضمن ولو قال ضيعت يضمن لان الاضاعة والتضييع تعد بخلاف الضياع ولو
قال لا ادري كيف ذهبت قال بعضهم يضمن بخلاف ما لو قال ذهبت ولا ادري
كيف ذهبت وقال شمس الائمة السرخسي لاصحابه لا يضمن على كل حال سواء قال ذهبت
ولا ادري كيف ذهبت او قال لا ادري كيف ذهبت ولم يزد عليه ولو دفع الى دلال ثوبا
ليبيعه ثم قال الدلال وقع الثوب من يدي وضاع ولا ادري كيف ضاع لا ضمان عليه
ولو قال نسيت ولا ادري كيف ضاع قال ابو بكر محمد بن الفضل لا ضمان عليه ولو قال
نسيت ولا ادري في اي حانوت وضعت يكون ضامنا تجار اودع عند رجل زنبيلا
فيه الانه ثم ادعى انه كان فيه قدوم وطلب منه فقال المودع لا ادري ما كان
فيه قال الفقيه ابو جعفر لا ضمان عليه ولا يمين حتى يدعي عليه انه رفعه او ضيعه
فيحلف فان حلف برئ وان نكل ضمن ولو قال المودع دفنت الوديعة ونسيت
موضعها قال ابن شجاع ان دفنها في داره لا يضمن وان دفنها في دار غيره يضمن
قيل له فان دفنها في كرمه فسرقت قال ان كان له باب فليس بتضييع والا فهو
تضييع وكذلك الدار ان لم يكن له باب لو قال لا ادري اضيعت الوديعة ام لم اضيع
قالوا يكون ضامنا ولو قال لا ادري اضاعت ام لم تضع لا يكون ضامنا لو دفع جوهرا
الى رجل ليبيعه فقال القابض انا اريها تاجرا لاعرف قيمتها فضاع الجوهر قبل ان
يريه قال محمد بن الفضل ان ضاعت او سقطت بحركته يكون ضامنا وان سرقت
منه او ضاعت بمزاحمة اصابت من غيره لا يضمن ولو وضع الوديعة في حانوته
وذهب الى الجمعة وترك باب الحانوت مفتوحا واجلس صغيرا ليحفظ حانوته
فذهبت الوديعة من الحانوت قال محمد بن الفضل ان كان الصبي ممن يضبط
الاشياء ويحفظها لم يضمن وان كان ممن لا يضبط ضمن وقال القاضي الامام
علي السغدي لا يضمن على كل حال لانه ترك الوديعة في حرزه فلا يكون تضييعا

تضييعا ولو دفع الوديعة الى عيال المالك ذكر القدوري والفقيه ابو الليث والامام
السرخسي انه يضمن وذكر محمد بن الفضل انه لا يضمن لان الرد الى من في عيال
المالك يكون ردا على المالك من وجه والضمان لم يكن واجبا فلا يجب بالشك
بخلاف الغاصب اذا رد المغصوب الى من في عيال المالك فانه لا يبرأ لان ثمة
الضمان كان واجبا والرد على من كان في عيال المالك يكون ردا على المالك
من وجه فلا يبرأ بالشك كذا في وديعة قاضيخان وقال فيه ايضا رجل تناول مال
انسان بغير امره في حياته ثم رد المال الى ورثته بعد موته قال ابو بكر محمد بن
الفضل يبرأ الظالم عن الدين ويبقى حق الميت في مظلمته اياه ولا يرجى له الخروج
عنها الا بالتوبة والاستغفار للميت والدعاء له وقال فيه ايضا في فصل براءة الغاصب
والمديون رجل له على رجل مال ولم يقدر على استيفائه قالوا الابراء افضل من ان
يدع عليه لان في الابراء تخليص المديون عن نار الاخرة رجل مات وعليه قرض ذكر
الناطفي يرجى ان لا يكون مواخذا في الاخرة اذا كان من نيته قضاء الدين رجل مات
وعليه دين نسيه ووارثه يعلم ذلك فان الوارث يقضي دينه من مال الميت
ولو ان هذا الوارث نسي ايضا حتى مات لا يواخذ الوارث بذلك في الاخرة
لان الوارث لم تباشر سبب الدين في الابتداء فلم يكن ظالما والنسيان لم يكن
منه رجل مات وله على رجل حق ولم يخلف وارثا قالوا يتصدق المديون
بما عليه عن الميت ليكون ذلك وديعة عند الله يوصلها الى خصمه يوم القيمة
مسلم غصب من ذمي مالا او سرق منه فانه يعاقب به يوم القيمة لانه اخذ
مالا معصوما والذمي لا يرجى منه العفو ويرجى ذلك من المسلم فكانت خصومة
الذمي اشد وعند الخصومة لا يعطى له ثواب طاعة المسلم لان الكافر ليس من اهل
الثواب ولا وجه ان يوضع على المسلم وبال كفر الكافر فيبقى خصومته وعن هذا
قالوا ان خصومة الدابة اشد من خصومة الآدمي هذا وفي البزازية توجه
نحوه السراق فدفنها في الجبانة خوفا وفر ثم جاء ولم يجدها ان امكنه ان يجعل

علامة ولم يعلم يضمن والا فان جا على فور الامكان لا يضمن والا يضمن جعل دراهم
الوديعة في الخف الايمن فضلع يضمن وان في الايسر لا يضمن وقيل لا يضمن فيهما انتهى
وفي العمادي اذا جعل المودع خاتم الوديعة في الخنصر او البنصر يضمن وان جعل في الوسطى
او السبابة او الابهام لا يضمن وعليه الفتوى وكذلك المرتهن ولو كان المودع امرأة
ففي اي اصبع لبسه تضمن هكذا ذكره نقلا عن الذخيرة ثم علله بان هذا استعمال
من المرأة دون الرجل فاذا زال التعدي بان ردها الى يده بترك اللبس والركوب والاستخدام
زال الضمان وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حينئذ ضمانا
[illegible]
فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه عن التقييد بوقت فيوجب
بقاء المامور به وهو الحفظ على وجه الامانة وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور
لضرورة ثبوت نقيضه وهو للامانة بالمخالفة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها
ولا يتعدى الى ما بعدها فاذا ارتفعت الضرورة بارتفاع المخالفة عاد الامانة فان
قيل ان الامر باق فيكون مامورا بدوام الحفظ وما هذا شانه فالمخالفة فيه رد الامر من
الاصل كالجحود على ما مر فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كالاعتراف بعد الجحود على ما
تقدم قلنا لا نم ان المخالفة فيه رد له من الاصل لان بطلان الشيء انما يكون بما هو
موضوع لابطاله او بما ينافيه والمخالفة بالفعل والاستعمال ليست بموضوعة
لابطال عقد الايداع ولا منافية له لانه بالقول وضع ولا منافاة بين الفعل والقول
بخلاف الجحود فانه قول موضوع للرد فيجوز ان يكون رد القول مثله الا يرى ان الجحود
في اوامر الشرع رد لها حتى يكفر به والمخالفة بترك صلوة او صوم مامور به ليست
برد لا يكفر به بخلاف المستعير والمستاجر اذا تعديا في العين المستعارة والمستاجرة
ثم ازال التعدي لا يبرأ عن الضمان لان البراءة من الضمان انما يكون باعادة يد المالك
حقيقة او حكما ولم يوجد في ذلك لان قبضهما العين كان لانفسهما لاستيفاء
المنافع فاذا تركا الخلاف لم يوجد الرد الى صاحبها لا حقيقة ولا حكما بخلاف المودع
لان يده يد المالك حكما لانه عامل له في الحفظ فاذا ترك الخلاف فقد ردها الى يد

الى يد صاحبها حكما فبرئ اذ هو نائب عنه واما الرهن فهو مثل الوديعة حتى لو تعدى
على الرهن ثم ازال التعدي زال الضمان عنه على ما في قاضيخان حيث قال ومن حكم
الوديعة والرهن انه يخرج من الضمان اذا عاد الى الوفاق بخلاف الاجارة والاعارة
فان فيهما لا يخرج عن الضمان بترك الاستعمال انتهى ومثل المستعير والمستاجر
على ما في العمادية حيث قال فيه فيما يصدق فيه المودع وما لا يصدق والمودع
اذا خالف ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان بخلاف ما اذا جحد الوديعة او منعها
ثم اعترف فانه لا يبرأ الا بالرد على المالك وكذا المرتهن والمستاجر والمستعير اذا خالف
ثم عاد الى الوفاق لا يبرأ انتهى فقد جعل الرهن مثل الاجارة والاستعارة ثم قال
والوكيل بالبيع اذا خالف بان استعمل العبد ثم عاد الى الوفاق وباعه جاز وكذا
الوكيل بالحفظ والوكيل بالاجارة والاستيجار والمضارب والمستبضع اذا خالف
ودفع المال لينفقه في حاجته ثم عاد الى الوفاق عاد مضاربا ومستبضعا اما
مستاجر الدابة اذا نوى الخلاف والمستعير ثم ندم وترك تلك النية ان كان
سائرا عند النية فعليه الضمان اذا هلكت الدابة اما اذا كان واقفا اذا ترك النية
عاد امينا والشريك شركة عنان او مفاوضة اذا خالف ثم عاد الى الوفاق عاد امينا
هكذا ذكره هذه الجملة ثم ذكر نقلا عن ابي اليسر ولو كان مامورا بالحفظ شهرا
فمضى شهر ثم استعمل الوديعة ثم ترك الاستعمال وعاد الى الحفظ كان لا يبرأ
عن الضمان لانه عاد الى الوفاق والامر بالحفظ غير باق انتهى فعلم مما ذكره من ابي اليسر
ان الوديعة تجوز مطلقا وموقتا وان المودع اذا ازال التعدي زال الضمان في
المطلق دون الموقت وهل يلزمه الضمان بمجرد تركه حفظ الوديعة الموقتة
بعد مضي الوقت بلا تعد عليها ففي آخر وديعة البزازية المودع اذا ترك حفظها
بعد مضي الوقت قال صاحب المحيط لا يضمن اذا هلكت قبل له ولم لا تجعله مودعا
ثانيا بعد مضي الوقت قال لان المالك رضي بان لا يحفظها بعد مضي الوقت انتهى
وهل يوجد العود الى الوفاق بمجرد نزع ثوب الوديعة فقال في العمادي سئل ظهير

عمن لبس ثوب الوديعة ودخل المشرعة ليخوض الماء ونزع الثوب ووضع على المواح المشرعة ثم سرق الثوب فلا ضمان عليه لانه لما نزعه فقد عاد الى الوفاق فلا يضمن وفيه نظر بدليل مسئلة المحرم اذا لبس المخيط ثم نزعه ثم لبسه ثانيا ان نزعه على قصد اللبس يتحد الجزاء لانه اذا كان على هذا القصد فكانه دام على ذلك اللبس وان نزعه لا على قصد يتعدد الجزاء فعلى هذا ينبغي ان لا يبرأ الا انه نزعه على قصد اللبس وكذا لو اودعها ثم استردها اي لو اودع المودع الوديعة بلا اذن صاحبها ضمن للتعدي ثم استردها زال الضمان كما في ترك اللبس والركوب والاستخدام كما تقدم وانما فصله عنها لما بينهما من المخالفة لانه لو اودعها فهلكت عند الثاني فالضمان على الاول عند ابي ح وقالا على ايهما شاء على ما سيأتي مصرحا لان الاول خالف امره والثاني تعدى بقبض مال الغير بغير امره وكلاهما موجب الضمان ثم ان ضمن الاول لا يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان مستندا فيكون مودعا ملكه وان ضمن الثاني يرجع على الاول لانه انما لحقه ذلك بسبب الاول فيكون مغرورا من جهته فصار كمودع الغاصب فانه يرجع على الغاصب بالضمان ولابي ح ان الثاني قبض المال من يد امين لانه بالدفع اليه لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود وهو الحفظ الذي يحضره رأيه لا الحفظ بصورة يده بدليل انها لو هلكت قبل ان يفارقه لا يضمن واحد منهما بالاتفاق فعلم بذلك ان الايداع مبيح له اذا لم ينقطع رأيه فلم يكن متعديا بمجرد الدفع ما لم يفارقه فاذا لم يكن متعديا لم يكن قبض الثاني من ضمين واذا فارقه صار مضيعا لها وقت التفرق بترك الحفظ الملتزم بالعقد واما القابض منه لم يكن متعديا بالقبض بدليل ما تقدم من عدم وجوب الضمان عليهما بالهلاك قبل ان يفارقه الاول وبعد الافتراق لم يحدث فعلا اخر بل هو مستمر على الحالة الاولى وهو القبض من امين فلا يكون متعديا ضامنا لانه لما صار في اوله امينا وجب ان يبقى كذلك حتى يوجد منه فعل يبطله فصار نظير ما لو هبت الريح في ثوب انسان فالقته في حجر غيره فانه لا يضمن بالاستمرار ما لم يوجد منه تعد كذا هذا والجامع بينهما ان كل واحد منهما لم يكن

مطلب اشياء اذا ملكها انسان ليس له ان يملك غيره لا قبل القبض ولا بعده

لم يكن متعديا في الابتداء فلا ينقلب متعديا بدون احداث فعل آخر واعلم ان اشياء اذا ملكها انسان ليس له ان يملك غيره لا قبل القبض ولا بعده منها مسئلة الكتاب ان المودع لا يملك ايداع الوديعة عند الاجنبي ولو اودع يصير متعديا وكذا لو اعارها او اجرها او رهنها ومنها المرتهن لا يملك الرهن بغير اذن الراهن فان فعل وهلك عند الثاني كان للراهن ان يضمن ايهما شاء قيمة الرهن فان ضمن الاول لا يرجع على الثاني وان ضمن الثاني يرجع على الاول ومنها الوكيل بالبيع لا يملك ان يوكل غيره اذا لم يقل الموكل اعمل فيه برأيك او اذن له في ذلك على ما تقدم تفصيله في الوكالة ومنها اذا استاجر دابة ليركبها بنفسه لا يملك ايجارة غيره لا للركوب ولا للحمل وكذا اذا استاجر ثوبا للبسه لا يواجره غيره ومنها اذا استاجر دابة للركوب او ثوبا للبسه لا يملك اعارته للغير ومنها اخذ ارضا وبذرا من رجل ليزرعها ولم يقل له صاحب الارض اعمل فيه برأيك لا يملك ان يدفع الى غيره مزارعة بخلاف ما اذا كان البذر من قبل الاخذ فان له ان يدفع الى غيره مزارعة على كل حال ومنها المضارب لا يدفع الى غيره مضاربة ما لم يقل له رب المال اعمل برأيك على ما تقدم ومنها ان المستبضع لا يملك الابضاع فان ابضع وهلك فلرب المال ان يضمن ايهما شاء ومنها ان المستبضع لا يملك الايداع ايضا كذا في قاضيخان وان انفق المودع بعضها اي بعض الوديعة فهلك الباقي ضمن ما انفق فقط لعدم تعديه في الباقي الا اذا تعيب الباقي بالتبعيض فح يضمن الكل اشار بالانفاق الى انه لو اخذ بعضها او كلها لينفقه لحاجته ثم بدا له فرده الى موضعه ثم ضاعت الوديعة لم يضمن لان اخذه ولو للانفاق لم ينافي الحفظ بل هو عين الحفظ وبمجرد النية لا يصير متعديا كما لو نوى ان يغصب مال انسان ولم يفعل نظيره مودع غاب عن بيته فقال له رجل اجنبي ان لي في بيتك شيئا فادفع الي المفتاح حتى ارفع فسلم اليه المفتاح فلما عاد الرجل الى بيته لم يجد الوديعة في موضعها قال محمد بن الفضل لا يضمن المودع لانه بمجرد دفع المفتاح اليه لم يصر جاعلا بيته في يد الاجنبي فلم يكن متعديا في الحفظ وان رد مثله اي مثل ما انفقه وخلطه بالباقي ضمن الجميع بعضه باستهلاكه بالانفاق وبعضه

بالاستهلاك فان قيل فاجعل الرد قضاء لا خلطا قلنا ان تفرده بالقضاء بغير محضر من
صاحبه لا يجوز ولو جعل علامة على ما رده من ماله حين خلطه بالوديعة لا يضمن
الجميع بل يضمن ما انفق فقط على ما في غاية البيان وهذا لعدم استهلاك الباقي بالخلط
ولو تصرف المودع فيها اي في الوديعة فربح يتصدق به اي بالربح هذا عند ابي حنيفة ومحمد
وعند ابي يوسف يطيب الربح له اي للمودع يعني اذا ادى الضمان لان شرط طيب الربح
عنده اداء الضمان لانه حينئذ يكون ملكه فيطيب لهما انها انما تصير ملكا له باداء الضمان
مستندا الى وقت وجوبه والمستند ثابت من وجه فيكون الربح حاصلا له من ملك
غيره من وجه فيتصدق به لخبثه ولو باع الوديعة ثم اشتراها من المشتري
ودفعها الى مالكها وسلم له فضل الثمن يطيب له الفضل كذا في شرح المجمع وان اودع
اثنان من واحد شيئا لا يدفع المودع الى احدهما حصته بغيبة الآخر عند ابي حنيفة
خلافا لهما هذا الخلاف في ذوات الامثال من المكيلات والموزونات وفي غيرها ليس له ذلك
بالاجماع على الصحيح على ما في العناية نقلا عن الفوائد الظهيرية قال حتى اذا كانت الوديعة
من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له ان ياخذ نصيبه بالاجماع لهما في الخلافية
ان الحاضر طلب نصيبه خاصة فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك ولابي حنيفة ان المودع
لا يملك القسمة بينهما ولذا لو دفع اليه نصفه لا يكون ذلك قسمة بالاجماع حتى اذا
هلك الباقي رجع الآخذ بحصته بالاجماع فاذا لم يقع قسمة لا يجوز له ان يدفع
نصيب الغائب لعدم اذنه بذلك فيكون متعديا بالدفع فيضمن نصفه بخلاف الدين
المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها فيكون المديون متصرفا
في مال نفسه لا في حق غيره كذا في الهداية والعناية والزيلعي ولم يقيدوا المسئلة
بنهي المالكان وقد قيدها بذلك في قاضيخان حيث قال ثلاثة اودعوا رجلا مالا
وقالوا لا تدفع الى احد منا حتى نجتمع كلنا فدفع نصيب احدهم اليه كان ضامنا في قول
ابي حنيفة لانه لا يتعين نصيبه الا بالقسمة والمودع لا يملك القسمة رجلان اودعا رجلا
ثوبا وقالا لا تدفع الا الينا جميعا فدفع الى احدهما كان ضامنا فان اراد المودع ان يخرج

ان يخرج نفسه عن الضمان قالوا الحيلة له في ذلك ان يقول للحاضر الذي يطالبه بعد
ما دفع الى الاول احضر خصمك حتى ادفعه اليكما ولا يقر بالدفع الى الاول انتهى هذه الحيلة
هي المنقولة عن ابي حنيفة في مسئلة الحمامي وهي رجلان دخلا حماما واودعا عند الحمامي
مالا فخرج احدهما فطلبه منه فاعطاه ثم خرج الآخر فطالبه فتحير الحمامي وذهب الى
ابي حنيفة فقال له ابو حنيفة قل له لا اعطيك حتى تحضر صاحبك فانقطع هذا ولنذكر مسائل الحمام

مطلب بيان الودائع التي وضعت عند الحمامي

قال في اوائل وديعة قاضيخان رجل دخل الحمام وقال لصاحب الحمام اين اضع الثياب وقال
صاحب الحمام في ذلك الموضع فوضع ثمه ودخل الحمام ثم خرج من الحمام ولم يجد الثوب
فقال صاحب الحمام ان صاحبك اخذ وذهب ولم يكن لصاحب الثوب صاحب فصاحب
الحمام ضامن لان قول صاحب الثوب اين اضع الثوب استيداع عرفا وكلام صاحب الحمام
في ذلك الموضع قبول الوديعة هذا قول ابن سلمة وابي نصر الدبوسي وقال ابو القاسم
لا ضمان عليه والاول اصح على ما في العمادي ثم ان كان صاحب الحمام جالسا لاجل الغلة فوضع
صاحب الثوب ثوبه براى العين منه ولم يقل باللسان شيئا ودخل الحمام فان لم يكن
للحمام ثيابي يضمن صاحب الحمام لان وضع الثياب براى العين منه استحفاظ وان كان
للحمام ثيابي فان كان الثيابي حاضرا لا يضمن صاحب الحمام شيئا بل يضمن الثيابي لان هذا
استحفاظ من الثيابي لا من الحمامي وان كان الثيابي غائبا ونزع الثياب براى العين
من صاحب الحمام كان استحفاظا من الحمامي فيضمن الحمامي دخل حماما فنزع
ثيابه بمحضر من صاحب الحمام فلما خرج من الحمام لم يجد ثيابه ووجد صاحب الحمام
نائما قالوا ان كان نائما قاعدا لا يكون ضامنا لانه مستيقظ حكما فلم يكن تاركا
للحفظ وان كان نائما مضطجعا واضعا جنبيه على الارض كان ضامنا لانه تارك
للحفظ دخل الحمام ووضع ثيابه عند صاحب الحمام فخرج رجل من الحمام ولبس ثيابه
ولم يدر انها ثيابه او ثياب غيره ثم خرج صاحب الثوب وقال ليست هذه
ثيابي وقال الحمامي خرج رجل من الحمام ولبس الثياب فظننت انها ثيابه كان ضامنا
لانه ترك الحفظ كذا في قاضيخان وقال في العمادي سئل قاضيخان عن المودع دخل
الحمام ووضع دراهم الوديعة مع ثيابه بين يدي الثيابي فضاعت قال وجب

الضمان لانه ليس للمودع ان يودع وقال صاحب المحيط ينبغي ان لا يضمن لانه ايداع
ضمني وانما يضمن بالايداع القصدي وسئل قاضيخان ايضا عمن دخل الحمام وفي
ثيابه خاتم رهن هل يضمن المرتهن قال يضمن لما ذكرناه ووضع الوديعة مع ثيابه
على شط النهر واغتسل ولبس ثيابه ونسي الوديعة ضمن وكذا اذا سرقت
حين انغمس ثم قال فيه في حمامي نقلا عن الذخيرة رجل دخل الحمام وقال لصاحب
الحمام احفظ الثياب فلما خرج لم يجد ثيابه فان اقر صاحب ان غيره رفعها
وهو يراه ويظن انه يرفع ثيابه فهو ضامن لانه ترك الحفظ ولم يمنع القاصد
وهو يراه وان اقر اني رايت احدا قد رفع ثيابك الا اني ظننت ان الرافع انت فلا
ضمان لانه لم يصر تاركا للحفظ لما ظن ان الرافع هو انتهى والشق الاول منه هو مسئلة
قاضيخان التي ذكرناها آنفا الا انه لم يذكر في قاضيخان امر صاحب الثوب بحفظ ثوبه
للحمامي فعلم منه انه يضمن في الشق الاول سواء امر صاحب الثوب بالحفظ او لم يامر
وقال في العمادي ايضا وان سرق الثوب والحمامي يشترط له باداء حفظه الثياب
بشيء واذا شرط له بازاء حفظ الثياب اجرا كان له الاجرة بازاء الانتفاع بالحمام
والحفظ فح يكون على الاختلاف والمعروف لا ضمان عند ابي ح خلافا لهما لانه اجير مشترك
وكذا على هذا الخلاف فيما اذا دفع الثياب الى حامه دار ونسرق منه امرأة دخلت الحمام
ودفعت ثيابها الى المرأة التي تمسك الثياب فلما خرجت لم تجد عندها ثيابها قال
محمد بن الفضل ان كانت هذه المرأة دخلت في اول مرة في هذا الحمام ودفعت ثيابها
الى التي تمسك الثياب فلا ضمان على الثيابية في قولهم جميعا اذا لم يعلم انها تحفظ الثياب
باجر لانها اذا دخلت في هذا الحمام اول مرة ولم يعلم بذلك ولم يشترط لها الاجر
على الحفظ كان ذلك ايداعا منه والمودع لا يضمن عند الكل الا بالتضييع وان كانت
هذه المرأة قد دخلت هذا الحمام قبل هذه المرة وكانت تدفع ثيابها الى هذه الممسكة
ويعطيها الاجر على حفظ الثياب فلا ضمان عليها عند ابي ح خلافا لهما لانها اجير
مشترك والمختار في الاجير المشترك قول ابي ح وقيل هو قول محمد والفتوى على قول
ابي ح ان الثيابي لا يضمن الا بما يضمن المودع وذكر قاضيخان وقال ينبغي ان يكون الجواب

الجواب في هذه المسئلة عندهما على التفصيل ان كان الثيابي اجير الحمامي ياخذ كل يوم
منه اجرا معلوما بهذا العمل لا يكون ضامنا عند الكل بمنزلة تلميذ القصار وان اودع
واحد عند اثنين ما يقسم وهو الذي لا يتعيب بالتفريق الحسي كالمكيل والموزون
اقتسماه وحفظ كل من المودعين حصته بالنصف فان دفع احدهما الى الاخر ضمن الدافع
لا القابض عند ابي ح وكذلك الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما
الاخر وعندهما لكل واحد منهما حفظ الكل اي كل الوديعة بلا اقتسام باذن الاخر
لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الاخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم
وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ واحد منهما كله والرضا بامانة الاثنين لا يكون
رضا بامانة الواحد وهذا لان الفعل كالحفظ متى اضيف الى اثنين فيما يقبل التجزي يتناول
البعض دون الكل فوقع التسليم الى الاخر من غير رضى المالك فيضمن الدافع لكونه متعديا لا القابض
لانه مودع المودع عنده ومودع المودع لا يضمن عنده ما لم يتصرف في الوديعة بغير اذن
مالكها على ما في اخر وديعة البزازية بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع
عليه اناء الليل والنهار وامكنهما المهاياة كان المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض
الاحوال وفي العناية عن المبسوط قول ابي ح اقيس لان رضاه بامانة اثنين لا يكون رضا بامانة
واحد وان كانت الوديعة مما لا يقسم وهو الذي يتعيب بالتفريق الحسي كالعبد والدابة
والثوب الواحد والطبق والحمام والرحى حفظ احدهما باذن الاخر اجماعا لما ذكرناه
وان نهى المالك عن دفعها اي دفع المودع الوديعة الى عياله وقد ذكرنا تفسير العيال
فدفع الى من له اي للمودع منه بد اي افتراق بان نهاه ان يدفعها الى امرأته فلانة وله امرأة
اخرى او نهاه ان يدفعها الى غلامه فلان وله غلام اخر فخالفه فدفعها اليه ضمن لان الشرط
مفيد فان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر
وان دفع الى من لا بد له منه كدفع الدابة الى عبده ولا عبد له غيره وشيء عطف على الدابة
اي كدفع شيء تحفظه النساء كعقد اللؤلؤ الى زوجته لا يضمن بالدفع اليه وان نهاه
المالك عنه لانه لا يمكنه الحفظ بدونه فلا يعتبر النهي عنه وان امر بحفظها اي الوديعة

وكذا صندوق وخزانة

في بيت معين من دار فحفظها في غيره منها اي من تلك الدار لا يضمن لان بيوت دار واحدة لا يتفاوت فلا فائدة في التعيين الا اذا كان فيه اي في ذلك البيت خلل ظاهر لا يؤتمن على حفظها فيه ثم يعتبر التعيين فيضمن بالمخالفة. وان امر بحفظها في دار فحفظها في غيرها ضمن لان الدارين قد يتفاوت حفظا فيعتبر التقييد قال في قاضيخان رجل اودع وديعة وقال للمودع لا تضع وديعتي في حانوتك فانه مخوف فوضع في الحانوت فسرقت الوديعة في الليل قال الفقيه ابو جعفر ان لم يكن منزله احرز من الحانوت وليس له مكان آخر احرز من الحانوت فلا ضمان عليه وان كان غير ذلك يكون ضامنا ولو دفع بضاعة وقال المستبضع ضعها في هذا العدل فوضعها في الحقيبة فضلع ضمن وان قال ضعها في الجوالق من غير اشارة فوضعها في الحقيبة لا يضمن انتهى وذكر قبل هذا رجل اودع عند انسان وديعة وقال له في السر من اخبرك بعلامة كذا وكذا فادفع اليه الوديعة فجاء رجل وبين تلك العلامة فلم يصدقها المودع حتى هلكت الوديعة عنده قال الامام ابو القاسم لا ضمان على المودع انتهى فعلم منه انه لو قال المالك طلبتها منك برسولي ومنعتها منه وقال المودع من طلبها مني اجنبي ليس برسولك فلم ادفعها اليه فالقول قول المودع في انكار رسالته وكذا لو قال امرتني بدفعها الى فلان فدفعتها اليه وانكر المالك دفعها الى فلان فالقول للمودع الا ان كذبه المالك في الامر بالدفع فالقول للمالك ولنذكر بعض ما يصدق فيه المودع وما لا يصدق ففي الفصولين ادعى المودع الرد او الهلاك وادعى رب الوديعة الاتلاف فالقول للمودع ولو برهنا قيل تقبل بينة المودع ايضا وقيل تقبل بينة المالك لانها تثبت الضمان ولو ادعى المودع دفعها الى اجنبي للضرورة لحرق ونحوه لا يصدق الا ببينة عند ابي حنيفة وابي يوسف وفي العدة لو علم وقوع الحريق في بيته قبل قوله والا فلا ولو قال المودع اودعتها عند اجنبي ثم رددتها علي فهلكت عندي وكذبه المالك ضمن المودع الا ان يبرهن لانه اقر بوجوب الضمان عليه ثم ادعى البراءة فلا يصدق الا ببينة وكذا لو قال بعثت به اليك مع اجنبي والمودع ينكر ذلك وكذا لو دفعها الى رسول المالك فانكر المودع الرسالة ضمن المودع والقول قول المالك ولم يرجع المودع على الرسول ان صدقه

مطلب بيان مواضع يصدق فيها المودع وما لا يصدق

ان صدقه انه رسول المودع ولم يضمن له ضمان الدرك الا ان يكون المدفوع قائما فيرجع به ولو قال رددتها اليك على يدي او على يد من في عيالي وكذبه المالك فالقول قول المودع مع يمينه لان حاصل الاختلاف في وجوب الضمان وهو ينكر فيكون القول قوله بخلاف ما لو قال بعثت بها على يد اجنبي لانه اقر بوجوب الضمان ثم ادعى البراءة فلا يصدق الا ببينة وكذلك لو اقر المودع انه استعملها ثم ردها الى مكانها فهلكت لا يصدق في الرد الا بالبينة لانه اقر بوجوب الضمان ثم ادعى البراءة فلا يصدق بدون البينة. والحاصل ان المودع اذا خالف في الوديعة بما يوجب الضمان ثم ادعى العود الى الوفاق انما يبرأ عن الضمان اذا صدقه المالك في العود والا فلا يبرأ بدون البينة على العود بخلاف ما لو اقر بعد الانكار او بعد الرد فانه لا يبرأ فيهما باقامة البينة ما لم يدفعها الى المالك على ما تقدم وهل للمولى ان يأخذ وديعة عبده ففي البزازية ليس للمالك ان يأخذ وديعة عبده ماذونا كان ام لا ما لم يحضر العبد معه ويظهر انه من كسبه لاحتمال ان يكون وديعة الغير في يد العبد فان برهن انه للعبد يدفع اليه انتهى فعلم منه ان المودع لو دفع وديعة العبد الى مولاه بغير امره فان كان ثبت الوديعة للعبد نفسه لا يضمن المودع وان لغيره وديعة عنده يضمن ولو اودع المودع بغير اذن المالك فهلكت الوديعة ضمن الاول فقط عند ابي حنيفة وعندهما ضمن اي المالك ايا شاء من المودع الاول والثاني وقد ذكرنا وجه الطرفين عند قوله لو اودعها ثم استردها فان ضمن الثاني رجع على الاول لانه مغرور من جهته لا بالعكس اي لو ضمن الاول لا يرجع على الثاني لان الاول ملكه بالضمان مستندا فعلم انه اودع ملك نفسه فلا يرجع ولو اودع الغاصب ضمن المالك من التضمين اي ضمن المغصوب منه ايا شاء من الغاصب والمودع اما الغاصب فظاهر لانه متعد واما مودعه فلقبضه منه بلا رضاء مالكه ثم مودع الغاصب ان لم يعلم انه غاصب يرجع على الغاصب قولا واحدا وان علم فكذلك في ظاهر الرواية وحكى ابو اليسر انه لا يرجع واليه اشار شمس الائمة كذا في الزيلعي اجماعا اما عندهما فظاهر في مودع المودع واما عند ابي حنيفة فلان مودع الغاصب مثل الغاصب في غاصب الغاصب ومشتري الغاصب في التلقي عنك

الغير بغير اذنه ابتداء فكذا بقاء يعني ان مودع الغاصب وغاصب الغاصب والمشتري من الغاصب مثل
الغاصب في لزوم الضمان الا ان كلا منهم لما كان مغرورا من جهة الغاصب عاملا له كان له ان يرجع على الغاصب بما لحقه
من العهدة من جهته ولو اودع حر عند عبد محجور شيئا فاتلفه العبد ضمنه من التضمين بعد عتقه
عند ابي حنيفة ومحمد وقال في الفصل الثالث من العمادية اذا شهد شاهدان على عبد محجور بغصب اغتصبه او بوديعة
استهلكها او شهدا على اقراره بذلك او شهدا عليه ببيع او اجارة او شراء وانكر العبد ذلك ومولاه غائب
لا تقبل تلك الشهادة على المولى حتى لا يخاطب المولى ببيع العبد وتقبل على العبد ويقضى عليه ويؤاخذ العبد
بها بعد العتق وان كان المولى حاضرا مع العبد فان ادعى المدعي استهلاك مال او غصب مال فالقاضي يقضي على
المولى وان ادعى استهلاك وديعة او استهلاك بضاعة على العبد المحجور فعندهما لا تسمع هذه البينة
على المولى وتسمع على العبد ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف تسمع البينة على المولى وان شهدوا
على اقرار العبد بذلك لا يقضى على المولى سواء كان حاضرا او غائبا انتهى هذا في العبد المحجور واما اذا
شهدا على عبد ماذون له في التجارة واخذ الودائع بشيء من الغصب او استهلاك الوديعة او الاقرار بهما
او البيع او الاجارة والشراء وانكر العبد ذلك قبلت على المولى حاضرا كان المولى او غائبا ولا يشترط حضوره
على ما في العمادي ايضا ولهذا قيدنا العبد بالمحجور وان اودع عند صبي عاقل محجور عليه قيدناه
بالعاقل لان الصبي الغير العاقل لا يضمن بالاتفاق وقيدناه بالمحجور لان الصبي الذي اذن له ابوه او وصي ابيه
في التجارة واخذ الودائع بمنزلة العبد الماذون له حتى اذا شهد الشهود عليهما بما يوجب الضمان
قبلت شهادتهم عليه سواء كان الذي اذن له حاضرا او غائبا فيضمن في الحال فاتلفه فلا ضمان
عند ابي حنيفة ومحمد اصلا اي لا في الحال ولا بعد البلوغ وقال ابو يوسف يضمنان للحال فيباع العبد
ولابي يوسف ان حجرهما في الاقوال فقط لا في الافعال ولهما ان المالك استحفظ من ليس له اهل
التزام الحفظ اما الصبي فلم يصح التزامه اصلا واما العبد فلم يصح التزامه في حق المولى نظرا له فلا
يضمن في الحال وصح في حق نفسه لكونه مكلفا ادميا فيضمن بعد العتق وفي الحقايق العبد يشمل
المدبر وام الولد وام المكاتب فيضمن في الحال وفي شرح المجمع وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة
قال في العمادية نقلا عن الخصاف لو ادعى على صبي محجور عليه مالا بالاستهلاك او بالغصب فان قال المدعي
لي بينة حاضرة تسمع دعواه ويشترط حضرة الصغير لان الصبي مؤاخذ بافعاله والشهود

والشهود محتاجون الى الاشارة لكن يحضر معه ابوه او وصيه حتى اذا لزم الصغير شيء يؤدي عنه
ابوه من مال الصغير وان لم يكن له اب ووصي وطلب المدعي من القاضي ان ينصب له وصيا
اجابه القاضي الى ذلك لكن يشترط حضرة الصغير عند نصب الوصي وقال بعض المتأخرين
حضرة الصغير عند الدعاوى شرط سواء كان الصغير مدعيا او مدعيا عليه والصحيح انه
لا يشترط حضرة الاطفال الرضع عند الدعاوى كذا في المحيط وذكر رشيد الدين لا يشترط
حضرة الصبي عند نصب الوصي بل يشترط ان يكون القاضي عالما بوجود الصبي وان يكون الصبي في
ولايته ولكن المختار انه يشترط حضرته عند الدعوى وان دفع العبد المحجور الوديعة موضوعة
عنده الى مثله اي عبدا محجورا آخر فهلكت الوديعة عند الثاني ضمن من التضمين الاول بعد العتق
عند ابي حنيفة لان الثاني مودع المودع فلا ضمان عليه عنده على ما سبق وعند ابي يوسف ضمن ايهما شاء
للحال اما الاول فلانه متلف بالدفع الى الثاني واما الثاني فلانه مودع المودع وهو ضامن عنده
في الحال على ما تقدم وان اعتق الثاني اولا وضمنه رجع على الاول وان اعتق الاول اولا وضمنه لم يرجع
على الثاني اصلا على ما في شرح المجمع وعند محمد ان ضمن الاول فبعد العتق وان ضمن الثاني فللحال
لان ضمانه ضمان فعل القبض ملك غيره بغير اذنه فلزمه في الحال ومن معه الف فادعى
كل من اثنين ايداعها عنده فنكل لهما فهي لهما وضمن لهما مثلها لان دعوى كل منهما صحيحة
فتوجهت لهما اليمين على المنكر فيحلف لهما القاضي بانفراده لان كلا منهما ادعاه بانفراده
ويبدأ بايهما شاء لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا اقرع بينهما كذا في
الهداية والمسئلة على اربعة اوجه لانه اما ان يحلف لهما او يحلف للاول وينكل للثاني
او بالعكس او ينكل لهما فان حلف لكل منهما فلا شيء لهما لعدم الحجة وان حلف للاول
ونكل للثاني فالالف له ببذله او اقراره على الخلاف المعروف بين الامام وصاحبيه ان اليمين
بذل او اقرار وان عكس فالالف للاول ولا شيء للثاني وان نكل للثاني ايضا فالالف بينهما
لانه اوجب الحق لكل منهما عليه ببذله او اقراره وعليه الف اخر بينهما لان نكوله اوجب لكل
منهما كل الالف كان ليس معه غيره فاذا صرفه اليهما فقد صرف نصف نصيب هذا الى ذلك
ونصف نصيب ذلك الى هذا فيغرم ذلك والله اعلم

كتاب العارية

قيل هي مشتقة من التعاور بمعنى التناوب فكأنه جعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه
على ان يعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء واختلفوا في تعريفها قال عامة الفقهاء
هي تمليك منفعة بلا بدل احترز بقوله منفعة عن الهبة وبقوله بلا بدل عن الاجارة
وقال الكرخي وهو المروي عن الشافعي هي اباحة الانتفاع بملك الغير لانها تنعقد بلفظ
الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة والنهي يعمل فيها ولا يملك الاجارة من غيره وكل ذلك
يدل على انها اباحة لا تمليك لان التمليك لا ينعقد بلفظ الاباحة ولا بدله من ضرب المدة لان
تمليك المجهول لا يصح ولا يعلم الا بضرب المدة وان المملك لا يملك النهي كالآجر لا يملك نهي
المستاجر عن الانتفاع بالمستاجر بخلاف المعير فانه يملك النهي عن الاستعمال ولو كان تمليكا
لما ملكه وان المستاجر يملك ان يوجر العين المستاجرة لتمكنه منافعها بخلاف المستعير فانه
لا يملك الاجارة فلو كانت الاعارة تمليكا لجاز له ذلك وقالت العامة انها تنبئ عن التمليك
فان العارية مشتقة من العرية وهي العطية وهي تمليك ولهذا تنعقد بلفظ التمليك
مثل ان يقول ملكتك منفعة داري هذه شهرا فان قيل المنافع اعراض والاعراض لا يبقى
فلا يقبل التمليك قلنا بعد تسليم عدم بقاء الاعراض ان المنافع قابلة للتملك والتمليك
بعوض وبغير عوض كالاعيان والجامع بينهما دفع حاجة الناس لانها انما شرعت
لدفع حاجة الناس فان قيل قد تقرر في محله ان التعريف لا يعلل فكيف يصح ما ذكره العامة
على تعريفهم المذكور لانه من قبيل الاستدلال على التعريف قلنا ان تعريفهم المذكور
ان كان تعريفا لفظيا فلا نم انه لا يقبل التعليل كيف وانه من المطالب التصديقية على ما
بين في محله وان كان حقيقيا يجوز ان يكون ما ذكروه بيانا لوجه المناسبة بينه
وبين معناه اللغوي لا استدلالا ويجوز ان يكون بيانا لخواص يعرف بها المعرف
لا استدلالا والجهالة في العارية لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا يحتاج الى ضرب
المدة والممنوع هي الجهالة المفضية الى المنازعة وعمل النهي فيها ليس باعتبار انه
ليس في العارية تمليك بل من حيث انه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع
التي لم يتملكها بعد وانما ذلك لكونها عقدا غير لازم وانما لا يملك الاجارة لدفع

لدفع زيادة الضرر لا لعدم التمليك فيها ولا تكون اي الاعارة الا فيما ينتفع به مع بقاء
عينه كالثوب والدابة هذا شروع في بيان شرطها بعد ذكر تعريفها فشرطها هو امكان
الانتفاع مع بقاء العين سواء كان مشاعا او لا لان اعارة المشاع جائز كما صرح في العمادية
وغيرها واعارة المكيل كالبر والشعير ونحوهما والموزون كالدراهم والدنانير
وغيرهما من الموزونات والمعدود والمذروعات قرض في المعنى لان الانتفاع بها لا يمكن الا باستهلاك
عينها ولا يملك الاستهلاك الا بتمليكها وذلك لا يكون الا بالهبة او القرض والقرض
ادناهما ضررا فيحمل عليه الا ان يعين انتفاعا يمكن رد العين بعده اي بعد الانتفاع
مثل ان يغيرها لان يزين بها دكانه او يعاير بها ميزانه فانه ح يكون عارية لا قرضا
لامكان رد العين بعد الانتفاع بها قال في البزازية مفرعا على هذا الشرط فاذا قال اعرتك
هذه القصعة من الثريد فاخذها واكلها يضمنه ويكون قرضا الا اذا كان بينهما مباسطة
تدل على الاباحة وتصح اي الاعارة باعرتك لانه صريح فيها ومنحتك
ثوبي هذا او جاريتي هذه اذا لم يرد به الهبة فان المنح لتمليك العين عرفا وعند
عدم ارادته يحمل على تمليك المنفعة وتحقيقه ان المنح في اصله ان يعطي الرجل ناقة
او شاة ليشرب لبنها ثم يردها اليه ثم كثر ذلك حتى قيل في كل من اعطى شيئا منح فاذا
الهبة افاد ملك العين والا بقي على اصل وضعه فسقط ما توهم انه اذا كان حقيقة
عرفية في تمليك العين فلا يحتاج الى ارادته لان حقيقة اللفظ مستغنية عن النية
واطعمتك ارضي لان الاطعام اذا اضيف الى ما لا يوكل عينه يراد به اكل غلتها
مجازا بعلاقة الحالية والمحلية وحملتك على دابتي اي اذا لم يرد به الهبة لانه مستعمل
فيهما عرفا كما يقال حمل الامير فلانا على الفرس يراد به الهبة وفي العارية ايضا
لانه في اللغة الاركاب فاذا استعمل فيهما صحت نيته ايهما اراد وان لم تكن له
نية يحمل على الادنى وهو العارية لتيقنه واخدمتك عبدي لانه يراد به العارية
لانه اذن له في الاستخدام اذا لم يرد بذلك الهبة والذي ظهر منه ان ذلك اشارة
الى الاخير لكن مقتضى ما صرح في الهداية والزيلعي وغيرهما ان يكون ذلك اشارة الى منحتك

وحملتك وداري لك سكنى او داري لك عمري سكنى لان قوله داري لك يحتمل امرين
وقوله سكنى محكم في ارادة منفعة السكنى فيحمل عليه وللمعير الرجوع متى شاء لان
المنافع تحدث شيئا فشيئا ويثبت الملك فيها بحسب حدوثها فرجوعه امتناع عن تمليك
ما لم يحدث فله ذلك اطلقه فاشار الى ان له الرجوع سواء كانت العارية مطلقة
او موقتة قال في البزازية وللمعير ان يرجع في العارية اطلق او وقت لانها غير لازمة
فاذا رجع وطلبها فلم يردها المستعير عليه حتى هلك يضمن ولو قال دعها عندي فتركها
وهلك لا يضمن طلبها فقال الوادفع ومضى شهر حتى هلك ان كان عاجزا وقت الطلب
من الرد لا يضمن وان قادرا ان اظهر المعير الكراهة واسخط في الامساك وامسك
يضمن وكذا ان سكت وان صرح بالرضا بان قال لا بأس في امساكه لا يضمن وان لم يطلب
وهو لم يرده حتى ضاع ان كانت العارية مطلقة لا يضمن وان قيدها بوقت فمضى الوقت
ولم يرده يضمن وكذا لو كانت مقيدة بان استعار قدوما كسر الحطب فكسر ولم يرده
حتى ضاع ضمن استعار كتابا فضاع فجاء مالكه فلم يخبره بالضياع ان لم يكن آيسا من
وجوده لا ضمان عليه وان آيسا من وجوده ضمن قال صدر الشهيد هذا التفصيل خلاف
ظاهر الرواية فانه اذا وعده الرد ثم ادعى الضياع يضمن للتناقض اذا كان دعوى الضياع
قبل الوعد وبه يفتى ولو ردها بيد اجيره او عبده يبرأ عن الضمان ولو ردها الى
عبد رب الدابة او اجيره او من في عياله يبرأ لكنه ان كان عبد رب الدابة عبده
الذي يقوم على الدابة يبرأ قياسا واستحسانا وان كان لا يقوم عليها يبرأ استحسانا
ولو هلكت اي المستعار او نقصت بالتعييب بلا تعد فلا ضمان لانه امانة فلا يضمن
بلا تعد قال الشافعي تضمن اذا هلكت في غير حالة الاستعمال ولو بلا تعد لانه قبض
مال الغير لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه والاذن انما يثبت لضرورة الانتفاع بها فلا
يظهر فيما وراء الاستعمال ولهذا كان واجب الرد فصار كالمقبوض على سوم الشراء
قلنا ان الضمان اما ان يجب بالعقد او بالقبض او بالاذن وليس شيء يوجب الضمان
اما العقد فلان اللفظ الذي ينعقد به العارية لا ينبئ عن التزام الضمان اصلا

مطلب للمعير ان يرجع في العارية

اصلا لانه تمليك المنافع بغير عوض او اباحتها على الخلاف الذي ذكرناه من قبل
وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض فيه للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه واما القبض
فلانه انما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه واما الاذن
فلان اضافة الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان
فكيف يضاف اليه والاذن من المالك وان لم يثبت الا لاجل الانتفاع بها الا ان قبضه
ايضا لم يكن الا للانتفاع منها ايضا فلم يكن ثمة تعد ولا ضمان بدونه ووجوب
الرد لا يدل على انه مضمون لانه انما وجب رده لمؤنة القبض الحاصل للمستعير
كنفقة المستعار لا لوجوب الضمان عليه والمقبوض على سوم الشراء مضمون
بالعقد لا بالقبض لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد فكان العقد فيه موجودا
حكما صيانة لاموال الناس فصار مضمونا بالعقد وليس في الاعارة عقد يوجب
الضمان حقيقة ولا حكما وانما الموجود فيها هو عقد الاعارة وهو لا يوجب الضمان
على ما ذكرناه قيده بعدم التعدي لانه لو هلك بالتعدي يضمن وكذا لو نقص بالتعدي
يضمن النقصان على ما ذكره في ضمان العارية من ضمانات العمادية حيث قال
نقلا عن فتاوى الديناري اذا انتقص العين المستعار في حالة الاستعمال لا يجب
الضمان بسبب النقصان اذا استعمله استعمالا معهودا انتهى فانه يدل على انه اذا
استعمله استعمالا غير معهود يجب الضمان بسبب النقصان وهل يضمن بشرط الضمان
ففي الاشباه ان العارية اذا اشترط فيها الضمان على المستعير تصير مضمونة عندنا
في رواية ذكره الزيلعي وجزم به في الجوهرة ولم يقل في رواية ولكن نقل بعده فروع البزازية
عن الينابيع ثم قال ان الوديعة والعين المؤجرة لا يضمنان بحال وقال في البزازية قال
اعرني هذا على انه ان ضاع فانا ضامن له فاعاره فضاع لم يضمن انتهى اي ضاع بلا تعد
ولا تؤجر العارية لان الاجارة فوقها والشيء لا يتضمن ما فوقه فلا يشملها اللفظ
ولانا لو صححناها فاما ان يكون لازما او غير لازم وكلاهما باطل اما الثاني فلانه خلاف
مقتضى الاجارة فانه عقد لازم واما الاول فلانه كيف يكون بتسليط المعير ومن

مطلب العارية اذا اشترط فيها الضمان هل يضمن المستعير

مقتضيات عقد الاعارة فلا يقدر المعير على الاسترداد الى انقضاء وقت الاجارة فيكون
عقد الاعارة لازما وهو خلاف مقتضاه ايضا وفيه زيادة ضرر بالمعير ايضا فابطلناه
واذا كانت باطلة كان بالتسليم عاصيا فيضمن حين سلم بالاجارة والمعير مخير يضمن
ايهما شاء على ما سيأتي ذكره ولا يرهن كالوديعة لان الرهن ابقاء وما ليس له ان يوفي
دينه بمال غيره بغير اذنه ولان فيه ضررا لان الرهن عقد لازم بعد القبض من جهة الراهن
فصار كالاجارة واختلفوا في ايداعها قال بعض مشايخنا ليس للمستعير ان يودع العارية
مطلقا واختاره الكرخي مستدلين بمسئلة الجامع الصغير ان المستعير اذا بعث العارية
الى صاحبها على يد اجنبي فهلكت في يد الرسول ضمن المستعير العارية وليس ذلك الا ايداع
منه قال الباقلاني هذا القول اصح لان الايداع تصرف في ملك الغير وهو المعير بغير اذنه
قصدا بخلاف الاعارة لانها تصرف في المنفعة قصدا وتسليم العين من ضروراته فافترقا
وقال بعض مشايخنا له ان يودع العارية لانها دون الاعارة فاذا جاز اعارته فايداعه
اولى وبه اخذ الفقيه والصدر الشهيد وقيل وعليه الفتوى ونسبه الزيلعي الى الاكثر
ولقائل ان يقول انما جاز له ان يعير المستعار لانه ماذون من جهة المعير له لاطلاق
الاذن بالانتفاع به ومثل هذا الاذن مفقود في الايداع فهو باق على اصل الحجر فليس له
ان يودع فان قيل انه اذا اعاره فقد اودعه لتضمنه له قلنا الايداع في ذلك ثبت ضمنا
وتبعا لا قصدا والشيء قد يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا وصريحا الا ترى ان بيع حمل الجارية
تبعا لانها صحيح ولا يصح بيعها قصدا وصريحا وقد ثبت انه لا معتبر بالضمنيات ولهذا
اختار شيخ الاسلام اللامشي في واقعاته القول الاول وقال ليس للمستعير ان يودع عند
غيره لانها امانة في يده كالوديعة وقال بعض مشايخنا له ذلك ولكن الاصح هو الاول
فان اجرها فتلفت ضمن منا التضمين اي ضمن المعير ايهما شاء من المستعير والمستاجر
لان المستعير صار غاصبا بالتسليم الى المستاجر بغير اذن المعير والمستاجر صار قابضا لملك
الغير بغير اذنه فتحقق في كل منهما موجب الضمان فان ضمن الموجر اي المستعير لا يرجع
الموجر على احد لانه ظهر بالضمان انه اجر ملكه نفسه وان ضمن المستاجر يرجع المستا

زيدك طويله
زيدك عارية الوپى قوتوغى
زينبه انك نه اذنى زيده رهن
وتسليم ايدوب بعده قوتوغى
زيدك يدنده ضايع اولسه زينب
زيده تضمينه قادر اولور مى الجواب
اولماز علي افندي فتاواسى
العارية

مستأجر
المستاجر على الموجر انه لو يعلم انه عارية دفعا لضرر الغرور من جهته لانه صار مغرورا
من جهته وعلى هذا التفصيل لو رهن المستعير العارية حيث كان للمعير تضمين
ايهما شاء من الراهن والمرتهن فان ضمن الراهن لا يرجع الراهن لما ذكرناه وله
اي للمستعير ان يعيرها اي مستعارا لا يختلف باختلاف المستعمل كالحمل على الدابة
واستخدام العبد والسكنى والزراعة لانها تمليك المنافع على ما تقدم والمالك
يملك التمليك كالمستاجر يملك الايجار والموصى له بالخدمة يملك الاعارة لا ما يختلف
كالركوب ان عين مستعمله دفعا لمزيد الضرر عن المعير لان الناس يختلف في الركوب
وان لم يعين جاز ايضا اي ما لا يختلف ما لم يتعين المستعمل بالفعل فان تعين
لا يجوز ثم فرع عليه بقوله فلو ركب هو اي المستعير ليس له اركاب غيره وان
اركب غيره ليس له ان يركب هو لانه تعين باختيار الفعل فيكون خلافه تعديا
فيضمن تفصيل هذا ما ذكره في ضمانات العمادية قال فيها هل للمستعير ان يعير ان كان
الاعارة مطلقة له ان يعير سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع
به او شيئا لا يتفاوت الناس فيه حتى ان من استعار دابة للركوب ولم يبين
الراكب او استعار ثوبا ولم يبين اللابس فله ان يعير للركوب واللبس وان كان
الناس يتفاوتون في الركوب واللبس ولكن انما يعير لغيره اذا لم يركب او لم يلبس
بنفسه اما اذا ركب او لبس بنفسه فقد اختلف المشايخ فيه قيل ليس له ان يعير
ولو اعار يضمن وهو اختيار فخر الاسلام وقال بعضهم له ان يعير ولو اعار لا يضمن
وهو اختيار شيخ الاسلام ابي بكر وشمس الائمة السرخسي وكذلك في الابتداء لو اركب
غيره او البس غيره ثم اراد ان يركب بنفسه او يلبس بنفسه ففيه اختلاف
المشايخ على نحو ما ذكرنا هذا اذا كانت الاعارة مطلقة وان كانت مقيدة كان
للمستعير ان يعير فيما لا يتفاوت الناس في الانتفاع به وليس له ان يعير فيما يتفاوت
الناس فيه حتى ان من استعار دابة ليحمل عليها بنفسه او دارا ليسكنها او عبدا
ليخدمه فله ان يعير من غيره لان الناس لا يتفاوتون في هذه الاشياء ولو استعار

مطلب للمستعير ان يعير المستعار لا يختلف باختلاف المستعمل

ثوبا ليلبسه بنفسه او دابة ليركبها بنفسه ليس له ان يعير غيره ولو اعار شيئا وقال
لا يدفع الى غيرك فدفع فهلك عنده يضمن انتهى وان قيد المعير العارية بنوع من المنافع
او وقت او بهما ضمن بالخلاف اى فيما سماه من القيد بنوع او وقت او بهما الى شرط
فقط اى لا بالخلاف الى مثله فمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الحنطة
فحملها قفيزا من حنطة اخرى مثله او الى خير منه كما اذا حمل مثل كيل الحنطة شعيرا
هذا استحسان وفى القياس يضمن لانه خلاف وعند اختلاف الجنس لا يعتبر المنفعة والضرر
الا يرى ان الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لا ينفذ بيعه وجه الاستحسان
انه لا فائدة للمالك فى تعيين الحنطة اذ مقصوده من التقييد دفع زيادة الضرر عن دابته
ومثل كيل الحنطة من الشعير اخف على الدابة فهو انفع وان اطلق فيهما اى فى النوع
والوقت فله الانتفاع باى نوع شاء فى اى وقت شاء فلو استعار دابة ولم يسم شيئا[1]
فله ان يركب ويركب ويحمل متى شاء لانه يملك التصرف على الوجه الذى اذن له فيه واعلم
ان العارية اذا كانت موقتة بوقت فامسكها بعد الوقت فهو ضامن سواء كانت
العارية موقتة نصا او دلالة حتى ان من استعار قدوما ليكسر الحطب فكسره فامسك
حتى هلك يضمن لكونها موقتة دلالة كذا فى العمادية نقلا عن فتاوى قاضى ظهير وفيها
ايضا نقلا عن شرح شيخ الاسلام ابى بكر اذا لم يكن العارية موقتة لكنه قال احمل عليها
حنطة فمكث بنقل الحنطة عليها اياما فلا ضمان عليه لان العارية مطلقة وفى العدة
العارية لو كانت مقيدة بالوقت مطلقة فى غيره نحو ان يعيره يوما فهذه العارية
مطلقة الا فى حق الوقت حتى لو لم يردها بعد ما مضى الوقت مع الامكان ضمن اذا
هلكت سواء استعملها بعد الوقت او لم يستعملها وهو المختار ولو كانت مقيدة بالمكان
فهى مطلقة الا من حيث المكان حتى لو خالف فى المكان ضمن وان كان هذا المكان اقرب
من المكان المأذون فيه وكذا لو امسك الدابة فى الموضع الذى استعملها ولم يذهب
الى الموضع الذى استعارها فيه ضمن وفى الذخيرة ولو استعار دابة الى الليل وهلكت
قبل الليل لا يضمن وان هلكت فى اليوم الثانى ضمن قال بعض مشايخنا انما يضمن لو امتنع

لو امتنع بها فى اليوم الثانى حتى يصير غاصبا اما بدون ذلك فلا يضمن كما فى المودع اذا
امسك الوديعة بعد انقضاء المدة بان قال له المالك احفظ وديعتى اليوم فهلكت
فى اليوم الثانى لا يجب الضمان ومنهم من قال يجب الضمان على كل حال واطلاق محمد يدل
عليه وبه كان يفتى شمس الائمة السرخسى وهؤلاء فرقوا بين العارية والوديعة والفرق
بوجهين احدهما ان المستعير انما امسك العين بعد انقضاء المدة لنفسه لانه
امسك بقبضه السابق وقبضه السابق كان لنفسه فانتهت المدة وهو قابض
لنفسه فيضمن ولا كذلك المودع والثانى ان رد المستعار لازم على المستعير بعد انقضاء
المدة فكان المالك قال له رد المستعار على فاذا لم يرد فقد امتنع عن الرد بعد طلب
المالك فيضمن ولا كذلك المودع لان رد الوديعة ليس على المودع بل هو على المالك وفى
فتاوى قاضى ظهير استعار دابة الى موضع كذا فله ان يذهب عليها ويجئ ويعيرها
من غيره وان لم يسم لها موضعا ليس له ان يخرج بها من المصر وفى فتاوى رشيد
لو استعار دابة شهرا فهو على المصر وكذا فى عارية الخادم واستيجاره وكذا الموصى
له بالخدمة فهو على المصر وفى الذخيرة روى بشر عن ابى يوسف فيمن استعار دابة
او ثوبا حتى وقع الاستعمال فى المصر ثم خرج بها عن المصر فان استعملها فهو ضامن
وان لم يستعملهما ففى الثوب لا ضمان لانه حافظ له خارج المصر وفى الدابة يجب الضمان
لانها بمجرد الخروج تصير عرضة للتلف فيكون اخراجها تضييعا له معنى فيصير
ضامنا وفى واقعات اللامشى لو هلكت الدابة العارية فى يد المستعير فان كان
العقد مطلقا لا يضمن سواء هلك فى حالة الاستعمال او فى غيره وعند الشافعى ان
هلكت فى حالة الاستعمال يضمن والا فلا وان كانت موقتة فان هلكت فى المدة فعلى هذا
الخلاف والا هلكت بعد مضى المدة يضمن فى قولهم جميعا لانه امسكها بعد انقضاء المدة
بغير اذن المالك فصار غاصبا هذا اذا لم يعين جهة الانتفاع اما اذا عين ثم خالف فهذا
على ثلاثة اوجه اما ان خالف فى المعنى مع اتحاد الجنس او خالف فى الجنس او خالف فى
القدر اما الاول فهو ان يستعير دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل

[1] Interlinear note under this line: من حمل واعارة وركوب واركاب

عشرة مخاتيم من حنطة اخرى لم يضمن وكذا لو استعار ليحمل عليها من حنطة نفسه فحمل مثل ذلك من حنطة غيره لان مثل هذا التقييد لا يفيد واما الثاني وهو ان خالف في الجنس بان استعارها ليحمل عليها عشرة اقفزة حنطة فحمل عليها عشرة اقفزة شعير ففي القياس يضمن وفي الاستحسان لا يضمن على ما ذكرنا وجههما واما الثالث وهو ان خالف في القدر بان استعارها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل خمسة عشر مختوما فهلكت فان علم ان هذه الدابة لا تطيق حمل هذا القدر ضمن كل قيمتها وان علم انها تطيق يضمن ثلث قيمتها توزيعا للضمان على قدر المأذون فيه وغير المأذون فيه بخلاف ما اذا امر انسان بضرب عبده عشرة اسواط فضربه احد عشر سوطا ومات العبد يضمن نصف القيمة لان المعتبر في القتل عدد الجناية لا عدد الجنايات لان القليل من الجراحة في القتل مهلك والكبير في غير القتل غير مهلك فاعتبرنا فيه عدد الجناة وتصح عارة الارض للبناء والغرس لان منفعتها معلومة ويجوز الانتفاع بها شرعا واجارتها فكذا اعارتها بل هي اولى لكونها تبرعا وله اي للمعير ان يرجع متى شاء لان العارية غير لازمة فكان له ان يرجع اي وقت شاء ويكلفه اي المستعير قلعهما اي قلع البناء والغرس لانه شاغل ارضه بملكه فيؤمر بالتفريغ ولا يضمن المعير قيمة البناء والغرس ان لم يوقت الاعارة لانها غير لازمة فلم يكن غارا له بالاطلاق فلا يضمن وان وقت ورجع قبله كره له ذلك لما فيه من خلف الوعد وضمن ما نقص من البناء والغرس بالقلع لانه يصير غارا له بذلك حيث نص على تركها في يده الى الوقت المذكور فيكون مغرورا من جهته فيضمن بالخلف وقيل يضمن المعير للمستعير قيمته اي قيمة غرسه وبنائه ويملكه اي يتملك البناء والغرس ذكره الحاكم الشهيد الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فله ذلك لانه ملكه واليه اشار بقوله وللمستعير قلعه اي قلع البناء والغرس بلا تضمين ان لم ينقص الارض به اي بالقلع كثيرا وعند ذلك اي عند نقصان الارض به الخيار للمالك فان شاء ابقاه بقيمته مقلوعا وان شاء يقلعه ويضمنها نقص منه وان اعارها للزرع لا تؤخذ حتى يحصد الزرع بل يترك في يده بطريق الاجارة باجر

كره لو ذكر اي اذا رجع للعيم لان فيه خلف الوعد

المثل لان فيه مراعاة الحقين وقت ام لا لان للزرع نهاية معلومة فلا حاجة الى التوقيت بخلاف الغرس والبناء لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر عن المالك واجرة رد المستعار والمستاجر والوديعة والرهن والمغصوب على المستعير والموجر والمودع والمرتهن والغاصب لان مؤنة الرد تجب على من وجب عليه الرد وهؤلاء قد وجب الرد عليهم لان المستعير قبضها لمنفعة نفسه ولهذا لو كانت العارية موقتة فامسكها بعد مضي الوقت ولم يردها حتى هلكت ضمن فاذا قبضها لمنفعة نفسه وجب الرد عليه فاذا وجب الرد عليه وجب مؤنته عليه ايضا وكذا المستاجر قبض العين المستاجرة لمنفعة الموجر لان الاجر سلم له فالرد واجب عليه فكذا مؤنته وكذا الوديعة فان منفعة القبض وهو الحفظ حاصلة للمودع فيجب الرد ومؤنته عليه وكذا الحال في المغصوب فان القبض فيه وقع لمنفعة الغاصب واما الرهن فاختلفت فيه عباراتهم ففي الكنز والدرر وقع كما في كلام المصنف من ان مؤنة رد الرهن على المرتهن وعلله في الزيلعي بان قبض الرهن قبض استيفاء فكان المرتهن قابضا لنفسه فيجب الرد ومؤنته عليه ايضا وقال في البزازية والنقاية وقاضيخان والخلاصة والعمادية ان مؤنة رد الرهن على الراهن قال في العمادية نقلا عن فتاوى قاضيخان استاجر دابة او عبدا فان مؤنة الرد بعد الفراغ على صاحب العبد والدابة وكذا مؤنة رد المرهون يكون على الراهن وكذا رد المبيع بيعا فاسدا بعد الفسخ على القابض وفي فوائد صاحب المحيط مؤنة رد المبيع بالعيب او بخيار الرؤية او الشرط على المشتري انتهى ورجح في البحر ما ذكره المص وقال فيما ذكره صاحب الخلاصة وغيره من ان مؤنة الرد المرهون على الراهن كلام لا يخفى وسكت عليه وقال في الاشباه مؤنة رد العارية على المستعير الا في عارية الرهن وفصله في البحر بان رجلا اعار شيئا له حمل ومؤنة ليرهنه فرهنه المستعير قالوا ان رد هذه العارية على المعير فرقوا بينها وبين غيرها من العواري ففي غيرها من العواري يكون مؤنة الرد على المستعير وفيها على المعير لان هذه اعارة فيها منفعة لصاحبها فانها تصير مضمونة

ولا اجارة في الاسلام

في يد المرتهن انتهى واذا رد المستعير الدابة الى اصطبل ربها او العبد او الثوب
الى دار مالكه برأ بخلاف الغصب والوديعة لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك
بالرد الى المالك دون غيره والواجب على المودع هو الرد الى المالك لا الى داره ومن في
عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما اودعها اياه وهذا استحسان والقياس ان لا يبرأ
المستعير بذلك الرد ايضا لانه لم يردها الى مالكها ولا الى وكيل مالكها بل ضيعها تضييعا
فيضمن بالهلاك كما في الغصب والوديعة ووجه الاستحسان ان في العارية عرفا
ليس في غيرها وهو ان رد العواري الى دار المالك معتاد كالة البيت فانه لو ردها الى
المالك لردها المالك الى المربط حتى لو استعار عبدا فرده الى دار مالكه ولم يسلم اليه
لم يضمن ولو استعار عقد لؤلؤ لم يردها الى المعير للعرف في الاول دون الثاني وان
رد المستعير الدابة مع عبده او اجيره مشاهرة او مسانهة برئ لانها امانة
عنده وله ان يحفظها على ايديهم كما في الوديعة وكذا ان ردها مع اجير ربها الدابة
او عبده يقوم اي كل من الاجير والعبد على الدابة اولا لوجود الرضاء به من المالك
الا يرى انه لو ردها الى المالك فهو يردها الى اجيرها او الى عبده قيل لا بد ان يكون الاجير
او العبد ممن يقوم عليها والاول هو الاصح على ما في الهداية بخلاف الاجنبي والاجير
مياومة حيث يضمن به ان هلك لانه متعد في الدفع الى يدهما وبخلاف رد شيء نفيس
كعقد لؤلؤ الى دار مالكه حيث يضمن به ان هلك لعدم العرف فيه بل الواجب فيه
الرد الى يد مالكه وفي قوله بخلاف الاجنبي اشارة الى ان المستعير ليس له الايداع من الاجنبي
وقد تقدم ان المسئلة خلافية منهم من قال ان له الايداع ومنهم من قال ليس له الايداع
وكانه اختار القول الثاني او يحمل قوله هذا على ما اذا كانت العارية موقتة فمضت مدتها
ثم بعثها مع الاجنبي لانه بالامساك بعد المدة يصير متعديا ومما يتفرع على ان العارية
مبنية على العرف ما ذكره في العمادية استعار دابة او استاجرها ليشيع الجنازة فركبها
ثم نزل ودفعها الى انسان ليصلي صلوة الجنازة فسرقت فلا ضمان على المستعير
ولا على المستاجر وصار الحفظ بنفسه في هذا الوقت مستثنى للعرف ولو كان يصلي

مطلب العارية مبنية على العرف

يصلي في الصحراء فنزل عن الدابة وامسكها فانفلتت لا ضمان عليه وفي الذخيرة ولو طلب
من رجل ثورا عارية فقال له المعير اعطيكها غدا فلما كان الغد اخذ المستعير الثور
بغير اذن صاحبه واستعمله فعطب الثور اختلفوا فيه ففي فتاوى ابي الليث ان عليه
الضمان وفي مجموع النوازل لا ضمان عليه استعار من رجل ثورا يساوي خمسين
ليستعمله فقرنه مع ثور يساوي مائة فعطب الثور العارية ان كان الناس يفعلون
مثل ذلك لا يضمن والا يضمن استعار ثورا ليكرب ارضا معينة فكرب ارضا اخرى
غير تلك الارض يضمن لو عطب لان الاراضي تتفاوت في الكراب باعتبار الرخاوة
والصلابة واذا ترك الثور المستعار في المرعى فهلك ان علم ان المعير يرضى بكونه
في المرعى وحده كما هو عادة بعض اهل الرساتيق لا يضمن وان لم يعلم بان كانت
العادة مشتركة يضمن وذكر ابو القاسم استعار دابة واستعملها الى الظهر
تركها في الجبانة فاكلها الذئب ضمن وان كانت الجبانة مرح هذا البقر للمعير
وكان المعير يرضى بكونه فيها وبان يرعى فيها وحده لا يضمن وفي العدة استعار
ثورا فاستعمله ثم فرغ ولم يحل الحبل عن البقر فذهب البقر الى المنخ فصار
الحبل في عنقه فشده ضمن ان عطب واذا ربط الحمار المستعار بحبل فاختنق
لا يضمن لان العادة ان الحمار يربط بالحبل واذا جعل الدابة المستعارة في المربط
وجعل على الباب خشبا كيلا يخرج الحمار فسرق ان استوثق وثيقة لا يقدر الحمار
على الذهاب فلا ضمان عليه الكل في العمادية وفي البزازية استعار ثورا ليكرب ارضه
فكرب ارض غيره يضمن لان الاراضي يختلف لينا وصعوبة وكذا لو امسكه في منزله
ولم يكرب حتى عطب ضمن لانه غير ماذون في الامساك لعدم الرضاء به وكذا في
الاجارة اذا امسك ولم يذهب انتهى وهذه المسئلة دليل على انه قد يصير متعديا
بترك الفعل الماذون فيه كما يصير متعديا بخلافه وفي العمادية استعار فاسا
او قدوما ليكسر الحطب في المصر فوضع في بيته حتى هلك من غير تقصيره لا يضمن
على ما افتى به صاحب المحيط وقاضيخان وقال بعضهم ينبغي ان يضمن لانه ماذون

بكسر الحطب لا بوضعه في البيت وبه افتى الامام جلال الدين وهذا القول بعيد ماذكره
البزازية في مسئلة استعارة الثور ليكرب الارض ولم يكرب وهلك يضمن وينبغي ان
يكون في مسئلة البزازية قولان ايضا ويكتب مستعير الارض للزراعة قد اطعمتني
ارضك لا اعرتني عند ابي حـ خلافا لهما حيث قالا يكتب اعرتني ارضك لان الاعارة
هي الموضوعة لهذا العقد والكتابة باللفظ الموضوع له اولى كما في اعارة الثوب
والدار فانه يكتب اعرتني الثوب لا البستني ولا اسكنتني ولابي حـ ان لفظ الاطعام
ادل على المقصود لانه يخص الزراعة لان الاطعام اذا اضيف الى ما لا يوكل يعرف ان
المراد به الاستغلال بالتمكين من الزراعة بخلاف لفظ الاعارة فانها ينتظم
الزراعة والبناء ونصب الخيم وغيرها هذا اذا اختلف المعير والمستعير في الايام او في
المكان او فيما يحمل على الدابة فالقول قول رب الدابة مع يمينه ولو تصرف المستعير
وادعى ان المعير اذن له وجحد المعير فالقول قول المعير ويضمن المستعير الا اذا اقام
بينة على الاذن

كتاب الهبة

هي في الشريعة تمليك عين من اعيان ماله
وانما قلنا من ماله لان الهبة لا يتحقق فيما لا يملكه حتى لو وهب ما قبضه بالبيع الباطل
لا يصح لعدم الملك وهل تصح الهبة بالهزل ففي شرح النقاية للقهستاني انها
تصح واستدل في الاشباه بما قال في الخلاصة والبزازية رجل قال لاخر على وجه المزاح
هب لي هذا الشيء فقال الاخر وهبت وقال هو قبلت وسلم اليه جاز انتهى وهكذا
ذكر هذه المسئلة الامام قاضيخان في فتاواه ثم استدل على جواز هبة المازح بقصة
عبد الله ابن المبارك وقال هذه القصة دليل على ان هبة المازح جائزة انتهى اقول
لا دلالة في المسئلة المذكورة من الخلاصة والبزازية على جواز الهبة بالهزل والمزاح
وانما يدل على طلب الهبة مزاحا وانما تجوز بقولهما وهبت وقبلت على ما دل عليه
قولهما فقال الاخر وهبت وقال هو قبلت كيف قالوا لجواز الهبة هزلا مع انهم قد
صرحوا ان الرضا شرط في الهبة والهزل ينافي الرضا مثل الاكراه كما بين في الاصول
فكما لا يجوز هبة المكره لعدم الرضا كذلك لا يجوز هبة المازح لعدم الرضا احترز بقوله

بقوله تمليك عين عن العارية والاجارة وهو ظاهر لانها تمليك منفعة وعن الوصية
ايضا لان المتبادر منه هو التمليك حالا والوصية تمليك العين مآلا بعد الموت
بلا عوض اي بلا شرط عوض لا بمعنى اشتراط عدم العوض حتى ينتقض التعريف
بالهبة بشرط العوض احترز به عن البيع لانه تمليك عين بعوض اعلم ان الهبة
يخالف البيع من جهة العاقدين اما من جهة الواهب فلان الايجاب كاف في الهبة
حتى لو حلف ان يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل هو بر في يمينه لا في البيع
فانه لا يكفي فيه بل القبول ركن منه واما من جهة الموهوب له فلان الملك لا يثبت بالقبول
بدون القبض بخلاف البيع فان الملك يثبت بمجرد القبول من المشتري بدون القبض
كذا في العناية وهذا صريح في ان القبول ليس بركن ولا شرط في الهبة واليه اشار
في الخلاصة حيث قال لو قال لاخر وهبت منك هذا العين فقبض الموهوب له بحضرة
الواهب ولم يقل قبلت صح وهكذا في البزازية ويؤيده ايضا ما قالوا انه لو وهب
الدين من الغريم لم يفتقر الى القبول لكنه قال في الكفاية شرح الهداية ركن الهبة
الايجاب والقبول لانها عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول لان ملك الانسان لا ينتقل
الى الغير بدون تمليكه والزام الملك على الغير لا يكون بدون قبوله وانما يحنث لو حلف
ان لا يهب فوهب ولم يقبل لانه انما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الايجاب
لا القبول لانه فعل الغير انتهى وقال في القنية بعلامة القاضي عبد الجبار ان الهبة لا تصح
الا بقبول بالقول وقال في غاية البيان اسم لايجاب ملك من جانب وانه يتم بالمالك
الا ان القبول شرط ثبوت الملك لا شرط وجود الهبة فصار كما اذا حلف ان لا يقر
له بشيء وان لا يوصي له بشيء فاقر واوصى هو ولم يقبل الاخر فانه يحنث بلا
قبول فكذا هذا بخلاف البيع فانه تمليك من الجانبين فلا يتم الا بهما انتهى
وظاهر عبارة الهداية يؤيد ما في الكفاية فانه قال ويصح بالايجاب والقبول لانه
عقد والعقد ينعقد بالايجاب والقبول لانه ظاهر في كون الايجاب والقبول ركنين
هذا ويمكن ان يقال المراد بكون القبول ركنا كونه ركنا في ثبوت الملك بها لا في وجودها

فيرجع اليه ما في غاية البيان لان ركن الشيء قد يطلق عليه الشرط ايضا الا انه ينافي
هذا التوجيه ان ركنية الايجاب ليس بهذا المعنى بل انه ركن في وجود الهبة فلا
يجوز ان يراد بلفظ الركن هذان المعنيان في حالة واحدة ولكن يمكن ارجاع ما
في العناية اليه ما في غاية البيان فالخلاف رجع الى انه ركن او شرط وصرح في الكافي
والتحفة كونه ركنا وقال بعض المشايخ الحق عدم كونه ركنا مستدلا بما قال
اصحابنا انه لو وضع ماله في طريق ليكون ملكا للرافع جاز وقول المص وتصح
بايجاب وقبول ظاهر في ركنية القبول ويحتمل عدم ركنيته لان اخذ مفهوم المخالف
ليس مذهبنا فلا يلزم عدم الصحة بدون القبول حتى يلزم كونه ركنا وتتم اى الهبة
اى يثبت بها الملك للموهوب له لان تمام التمليك ثبوت الملك للموهوب له بالقبض
الكامل حتى لو قال قبلت ولم يقبض حتى افترقا لا يثبت الملك ولا تتم الهبة وان
كانت الهبة في مرض الموت لان الهبة في مرض الموت وان كانت وصية لكنها هبة حقيقة
فيفتقر الى القبض حتى لو وهب في مرض موته شيئا للاجنبي ولم يسلمه حتى مات
تبطل الهبة كما صرح به في هبة المريض من العمادية والذي يظهر من كلام المص
الايجاب والقبول ركنان والقبض شرط لثبوت الملك للموهوب له اما ركنية
الايجاب والقبول فلما تقدم آنفا واما شرطية القبض فلقوله صلى الله عليه وسلم
لا تجوز الهبة الا مقبوضة اى لا يثبت بها الملك بدون القبض اذ نفس الجواز ثابت
قبل القبض بالاتفاق بوجود الايجاب والقبول ولانها عقد تبرع وعقد التبرع لم يلزم
به شيء لم يتبرع به وفي اثبات الملك قبل القبض ذاك اذ فيه الزام التسليم على
الواهب وهو لم يتبرع به بخلاف الوصية حيث ان الملك يثبت بها بدون القبض
مع انه عقد تبرع وهذا لانه لا الزام ثمه زيادة على ما تبرع به وذلك لان اوان
ثبوت الملك فيها بعد الموت وح لا يتصور الالزام على المتبرع لعدم اهليته اللزوم
وحق الوارث متاخر عن الوصية فلم يملكها حتى يقام مقام المالك الموصي فيها
فيتوقف ملك الموصى له على تسليمه قيد القبض بالكامل لان الاطلاق ما روينا لان

لان الاطلاق ينصرف الى الكامل احترز به عن هبة المشاع الذي يقبل القسمة من المكيلات
والموزونات والدور قبل القسمة فان هبتها لا تجوز بمعنى لا تفيد الملك عندنا الا
بعد القسمة لان قبضها انما يتم بعد القسمة وقبلها ناقص فلا يثبت بها الملك
وعن هبة المستاجر لان يد المستاجر يمنع القبض لان عقد الاجارة لازمة كما في البزازية
حيث قال وهب لابنه الصغير دارا وفيها ساكن باجر لا يصح لان يد المستاجر يمنع
القبض لكونها لازمة وكذا تصدق المستاجر لا يصح لما ذكر وعن هبة ما اتصل بملك
الواهب اتصال مجاورة وكان مشغولا بحق الواهب كهبة السرج على الدابة بدونها
فان هبته لا يجوز عندنا بالمعنى المذكور لنقصان القبض لان استعمال السرج انما يكون
للدابة فكانت للواهب عليه يد مستعملة فيوجب نقصانا في القبض وكهبة الدابة
التي عليها حمل بدون الحمل لانها مستعملة بالحمل فكانت مشغولة بملك الواهب
فيوجب نقصانا في القبض وكهبة البيت او الجوالق وفيهما متاع الواهب لانها لحفظ
المتاع فكانت مشغولة بحق الواهب فيوجب نقصانا في القبض وكهبة الزرع
او الشجر في الارض والتمر على النخل بدون الارض والنخل فانها لا تجوز لنقصان القبض
وكهبة ارض فيها متاع الواهب او زرعه او بشجره وكهبة نخل فيه ثمر الواهب
فانها لا تجوز بالمعنى المذكور والحاصل ان هبة الشاغل تجوز وهبة المشغول لا تجوز
قال في خزانة المفتي الاصل في جنس هذه المسائل ان اشتغال الموهوب بملك الواهب يمنع
تمام الهبة لان القبض شرط تمام الهبة واما اشتغال ملك الواهب بالموهوب لا يمنع تمام الهبة
مثاله وهب جرابا فيه طعام لا يجوز ولو وهب طعاما في جراب جاز انتهى بخلاف هبة المشاع
الذي لا يقبل القسمة كهبة نصف العبد او الدابة او البيت او الرحى لان القبض الكامل فيها
غير متصور فاكتفى بالقاصر وبخلاف هبة ما اتصل بملك الواهب اتصال مجاورة ولم يكن
مشغولا بحقه كهبة دابة مسروجة بدون سرجها وكهبة الحمل على الدابة بدون الدابة
وكهبة متاع في البيت بدون البيت فانها جائزة لعدم شغل الموهوب بحق الواهب
وان اتصل بملكه وبخلاف هبة دقيق في حنطة ودهن في سمسم ونحوهما مما كان

الحل معدوما وقت الهبة فانها باطلة لا تجوز اصلاً حتى لو استخرجهما وسلمهما الى
الموهوب له لم يفد الملك لوقوعها باطلة ابتداء لعدم المحل بخلاف هبة المشاع والمشغول
بحق الواهب مما ذكرناه فانها وقعت جائزة لوجود المحل وقت الهبة الا ان ثبوت الملك
بها للموهوب له يتوقف على القسمة والقبض بعد التفريغ حتى لو قسمه ودفع الموهوب
عن حقه وسلمه يفيد الملك وبخلاف هبة المرأة دارها من زوجها وهي ساكنة فيها ولها
فيها امتعة والزوج معها ساكن فيها فانها تصح وتفيد الملك لان المرأة مع ما في يدها من الدار
والمتاع في يد الزوج فتصح وبخلاف هبة المشغول بملك غير الواهب فانها تجوز كما لو اعار
بيتا فوضع فيه المعير او المستعير متاعا غصبه ثم وهب البيت جاز كما في الثلاثين من
الفصولين ولو وهب لعبد رجل فالقبول والقبض الى العبد والمال للسيد وان كان العبد
صغيرا لا يعقل يقبض مولاه كذا في الحاوي ويدخل في الهبة الارض ما يتبعها من الابنية والاشجار
من غير ذكر وكذا في الصلح على ارض وغيرها كذا في القنية وفيها ايضا بعلامة كص الزرع
يدخل في الرهن والاقرار والفيء اي الغنيمة بغير ذكر ولا يدخل في البيع والقسمة والوصية
والاجارة والنكاح والعقد والهبة والصدقة وفي القضاء بالملك المطلق فان قبض في
المجلس بلا اذن الواهب صح استحسانا وبعده اي بعد المجلس لا بد من الاذن والقياس
ان لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لان القبض تصرف في ملك الواهب لان ملكه قبل القبض
القبض باق بالاتفاق والتصرف في ملك الغير بدون اذنه لا يجوز ووجه الاستحسان
في الاول ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث ان ثبوت الملك يتوقف عليه
كما يتوقف على القبول في البيع ومقصود الواهب من العقد اثبات الملك للموهوب له فيكون الايجاب
منه تسليطا على القبض تحصيلا لمقصوده فكان اذنا له دلالة والقبض بعد الافتراق ليس
كذلك لانا انما اثبتنا التسليط فيه الحاقا للقبض بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا
ما قام مقامه بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس حيث لم يجز له القبض مع ان
تسليطه عليه موجود لوجود الايجاب منه لان الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح فيعمل
بالنهي الصريح فانتفى التسليط والحاصل انه اذا اذن له بالقبض صريحا يصح قبضه

قبضه في المجلس وبعده قياسا واستحسانا لان الاذن الصريح لا يتقيد بالمجلس ولو لم ياذن
له بالقبض ولم ينهه عنه ان قبض في المجلس صح القبض استحسانا لا قياسا وان قبض
بعد المجلس لا يصح القبض قياسا واستحسانا وان نهاه عنه لا يصح قبضه ايضا قياسا
واستحسانا لما ذكرناه وههنا يجب من وجوه الاول انه لو كان القبض بمنزلة القبول
في البيع لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كما لا يصح في البيع والثاني ان مقصود البايع من
البيع ثبوت الملك للمشتري بدون اذن البايع جاز له ان يسترده ويحبسه للثمن
والثالث انه لو وهب تمرا على نخل او قفيزا من صبرة ونحوهما مما اتصل بملك الواهب
والموهوب حاضر فان اخذه او كتاله في المجلس لا يجوز له ذلك ما لم ياذن له صريحا لان
الجز والاكتيال تصرف في ملك الواهب فلا يصح بلا اذنه فلم يكن الايجاب فيه تسليطا
لم يكن مقتضيا لاطلاق فعله فان قبض في المجلس بلا اذن صح واجيب عن الاول بان الايجاب
من البايع شطر العقد وهو لا يتوقف على ما وراء المجلس فلا يصح الامر بعده وفي الهبة
العقد تام وهو يتوقف على ما وراءه فيصح الاذن بعده قلت هذا الجواب انما يمشي
على القول بان القبول ليس بركن في الهبة واما على القول بانه ركن فلا وعن
الثاني بانا لا نسلم ان مقصود البايع من البيع ثبوت الملك للمشتري بل المقصود
منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمني فلا معتبر به فلم يجعل الايجاب
فيه تسليطا وعن الثالث بان كون الايجاب تسليطا له مقيد بعدم المانع
واشتغال الموهوب بملك الواهب مانع فقول المص فان قبض في المجلس مقيد
بعدم المانع وهل هو مقيد بالقبض فعلا او هو اعم منه ومن البعض قولا ففيه
تفصيل فذكر في الخلاصة والبزازية انه لو قال لآخر وهبت منك هذا العين
والعين حاضر فقبض الموهوب له بحضرة الواهب ولم يقل قبلت ولو لم يقبضه
في المجلس ولكنه قال قبضت قال محمد يصير قابضا بمجرد قوله وقال ابو يوسف
لا يصير قابضا انتهى فعلم ان القبض في كلام المص يعم القول والفعل على قول
ويخص الفعل على قول ابي يوسف ثم القبض في المجلس هل يحصل بالتخلية ام لا

ففي بيوع قاضيخان اجمعوا على ان التخلية في البيع الجائز يكون قبضا وفي البيع الفاسد
روايتان والصحيح انه قبض وفي الهبة الفاسدة كالهبة في المشاع الذي يحتمل القسمة
لا يكون قبضا باتفاق الروايات واختلفوا في الهبة الجائزة ذكر الفقيه ابو الليث
لا يصير قابضا بالتخلية في قول ابي يوسف وذكر شمس الائمة الحلواني انه يصير قابضا
ولم يذكر فيه خلافا فلو باع تمرا على النخل وخلى بينه وبين المشتري صار المشتري
قابضا ولو وهب تمرا على النخل وخلى بينه وبين الموهوب له لا يصير قابضا لانه
في معنى المشاع الذي يحتمل القسمة ولو باع دارا ليست بحضرتهما فقال البايع
سلمتها اليك وقال المشتري قبلت ذكر في ظاهر الرواية ان التخلية في الدور
والعقار لا يكون قبضا الا بقرب منهما وذكر في النوادر اذا قال البايع للمشتري سلمتها
اليك وقال المشتري قبلت والدار ليست بحضرتهما تصير المشتري قابضا
في قول ابي ح وقال ابو يوسف ان كانت الدار بقرب منهما يقدر على الدخول والاغلاق
يصير قابضا والا فلا وفي ظاهر الرواية يعتبر القرب والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية
لانه اذا كان قريبا منه يتصور فيه القبض الحقيقي في الحال فيقام التخلية مقام
القبض اما اذا كان بعيدا لا يتصور القبض الحقيقي في الحال فلا يقام التخلية مقام
القبض وكذلك في الهبة والصدقة انتهى ثم قال في فصل هبة المشاع من كتاب
الهبة والتخلية في الهبة الفاسدة لا تكون قبضا عند الكل كما في البيع الفاسد
وفي الهبة الجائزة قبض عند محمد والموهوب اذا كان غائبا عن حضرة الواهب
والموهوب له فالقبض فيها ان يأمره بالقبض وعند ابي يوسف لا يكون التخلية
قبضا فيما ينقل حتى يزيله عن مكانه والتخلية ان يخلي بينه وبين الموهوب له
ويقول اقبضه انتهى وذكر فيه ايضا قبل هذا الفصل رجل قال لآخر وهبت
عبدي هذا منك والعبد حاضر بحيث لو مد يده نال فقال قبضته قال ابو بكر
جازت الهبة من غير قوله قبلت ويصير قابضا في قول محمد وقال ابو يوسف
لا يصير قابضا ما لم يقبض وان كان العبد غائبا فقال له وهبت منك عبدي فلانا

فلانا فاذهب واقبضه فذهب وقبضه جاز وان لم يقل قبلت وبه ناخذ انتهى
وهل يثبت القبض بالاقرار بالهبة ففيه تفصيل قال في قاضيخان رجل قال لآخر
كنت وهبت لي الف درهم ثم قال بعد ما سكت لم اقبضها كان القول قوله لان
الاقرار بالهبة لا يكون اقرارا بالقبض حتى يكون النفي متناقضا رجل اقر انه
وهب لفلان هذا العبد قال بعضهم يكون اقرارا بالهبة والقبض جميعا
لان الاقرار بالهبة المطلقة اقرار بهبة صحيحة تامة وذلك لا يكون الا بعد
القبض والاصح ان الاقرار بالهبة لا يكون اقرارا بالقبض انتهى وتنعقد الهبة
بوهبت ولو مزاحا على ما في شرح النقاية للقهستاني وقد ذكرنا في اول الكتاب
ما يدل عليه من قاضيخان والخلاصة وهذا لان هذا اللفظ صريح فيها وتحليت
واعطيت لانهما يستعملان بمعنى الهبة عرفا واطعمتك هذا الطعام لان
الاطعام اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك عينه واذا اضيف الى ما لا يطعم
عينه يراد به العارية كذا في الهداية وذكر في شرح المجمع عن المحيط اذا قال اطعمتك
هذا الطعام فاقبضه فهي هبة لان الاطعام يحتمل التمليك والاباحة فاذا ذكر
القبض عقيبه دل على انه اراد به التمليك لان الهبة هي المحتاجة الى القبض
فهذا دل على ان الاطعام بدون ذكر القبض بعده لا يكون هبة ويرد على ما في
الهداية ايضا ان الاطعام لو حمل على تمليك العين حين اضيف الى ما يطعم
عينه لزم ان يحمل في باب الكفارات على تمليك العين ايضا مع انهم عمموه
ثمة لتمليك العين والاباحة ومن الفاظ الهبة ما ذكره في قاضيخان رجل قال
لغيره هذه الامة لك قال ابو يوسف هذه هبة جائزة يملكها اذا قبض ولو
قال هي لك حلال لا يكون هبة الا ان يكون قبله كلام يستدل به على انه اراد به
الهبة ولو قال وهبت لك فرجها فهي هبة يملكها اذا قبض رجل في يديه ثوب
وديعة لرجل فقال لصاحب الثوب اعطيته فقال اعطيتك عن محمد يكون هبة
قال الآخر قد متعتك بهذا الثوب او قال بهذه الدراهم فقبضها منه قال محمد

هي عندي هبة رجل دفع الى رجل طعاما وقال هذه منحة لك او دفع اليه شاة
وقال هذه منحة لك فله ان يشرب لبنها ويأكل الطعام ولذا لو اعطاه درهما
وقال هذا منحة لك وكذلك الدينار وما يؤكل ويشرب وقال ابو ح هو على الهبة
وهو قول ابي يوسف ومحمد ثم ذكر بعد اسطر رجل عنده دراهم لغيره فقال
له صاحب الدراهم اصرفها في حوايجك كان قرضا وان كانت حنطة فقال الفضلي
كلها كانت هبة له ثم قال بعد اسطر رجل قال لآخر خذ هذا المال فاغز في سبيل
الله يكون قرضا ولذا لو دفع اليه دراهم فقال انفقها ففعل يكون قرضا
وهو كما قال اصرفها في حوايجك لان الكلام يحتمل القرض والهبة والقرض ادناه
فيحمل عليه لتيقنه ولو دفع اليه ثوبا فقال لآخر اعرتك هذه القصعة
من الثريد فاخذها واكلها كان عليه مثلها او قيمتها لان اعارة ما لا يمكن الانتفاع
منه الا باستهلاك عينه يكون قرضا قال الفقيه ابو الليث هذا اذا لم يكن
بينهما دلالة الهبة ولا انقاد والا يكون هبة او اباحة وكسوتك هذا الثوب
لانه يراد به التمليك عرفا يقال كسى الامير فلانا ثوبا اي ملكه منه وكذا لو قال
اعطيتك او متعتك هذا الثوب على ما في قاضيخان واعمرتك هذا الشيء
لقوله صلى الله عليه وسلم فمن اعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته بعده وجعلته
لك عمري او عمرك او حياتك لان اللام للتمليك ولو قال جعلته باسم ابني فهو
الى التمليك اقرب عرفا لان الناس يريدون بهذا التمليك والهبة كذا في قاضيخان
وقال فيه ايضا قيل هذا رجل غرس كرما وله ابن صغير فقال جعلته لابني فلان
يكون هبة لان الجعل عبارة عن التمليك بخلاف ما لو قال اغرسه باسم ابني فلان
لا يكون هبة ودارى مبتداء لك خبره هبة نصب على الحال من ضمير الظرف واللام
للملك تسكنها تنبيه على المقصود بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله وهذا
الثوب لك تلبسه وبنيتها اي نية الهبة في حملتك على هذه الدابة لان الحمل هو
الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة فيحمل عليه بالنية وان قال داري

لانه من الكنايات لانه يحتمل ملك الرقبة او المنفعة فوجب النية لنفي الاحتمال

داري لك هبة بالنصب سكنى وهو تمييز فيكون تفسيرا لما قبله فيحمل على العارية
او سكنى هبة بالنصب ايضا معناه داري لك بطريق السكنى حال كونه سكنى هبة
فتكون عارية لا هبة او داري لك نحلى بضم النون معناه نحلتها نحلى اي اعطيتها
بلا عوض سكنى تمييز له فيكون عارية لا هبة او داري سكنى صدقة اي حال كون
السكنى صدقة او صدقة عارية اي حال كون الصدقة عارية او عارية هبة
اي حال كون العارية هبة فعارية اي هذه الالفاظ كلها من قوله وان قال الى هنا
عارية لما ذكرناه وتصح هبة مشاع لا يحتمل القسمة كالحمام والبئر والرحى والعبد
والدابة والبيت الصغير وغيرها مما يتعيب بالتبعيض وهو الضابط فيما لا يحتمل
القسمة وانما تصح الهبة فيه لكفاية القبض الناقص فيه مطلقة فيشمل الهبة لشريكه
ولغير شريكه فان هبة مشاع لا يحتمل القسمة لشريكه وللاجنبي صحيحة في قولهم
جميعا لكنه لا بد من التقييد بكون الموهوب قدرا معلوما لما ذكره في البحر من انه
يشترط في صحة هبة المشاع الذي لا يحتمل القسمة ان يكون قدرا معلوما
حتى لو وهب نصيبه من عبد ولم يعلم به لم تجز لانها جهالة توجب المنازعة
انتهى بقي لا بد من علم الواهب للموهوب واما علم الموهوب له فلا يلزم لما ذكره في البزازية
قال وهبت حصتي من هذا العبد لك والموهوب له لا يعلم كم حصته تصح انتهى لا
اي لا تصح ولو لشريكه هبة ما يحتملها كالدار والبيت الكبير والثوب المزروع وغيرها
مما لا يتعيب بالقسمة قال في قاضيخان رجل وهب نصيبه مما يقسم كالدار والارض والمكيل
والموزون من غير شريكه لا يجوز عند الكل وان وهب من شريكه لا يجوز عندنا وقال ابن ابي
ليلى يجوز ولو وهب داره من رجلين لا يجوز عند ابي ح وكذلك كل ما يقسم وقال
صاحباه يجوز ولو رهن داره من رجلين جاز عند الكل وكذا لو آجر داره من
رجلين ولو وهب نصف داره من رجل والنصف الآخر من رجل وسلم الدار اليهما
معا جاز وان تقدم تسليمه الى احدهما لا يجوز وقال ابو ح لا يجوز في الوجهين
وفيما لا يقسم كالعبد والدابة والثوب يجوز هبة المشاع من شريكه وغيره في قولهم

انتهى وجعل ابا يوسف مع محمد في هبة الدار من رجلين حيث قال وقال صاحباه يجوز
وفي الخلاصة جعله مع ابي حنيفة حيث قال وهب داره من رجلين لا يجوز عندهما وعند محمد يجوز
والتوفيق انه محمول على الروايتين عن ابي يوسف وسيأتي في الكتاب مثل ما في قاضيخان
وهل يكون الدرهم مما يحتمل القسمة او مما لا يحتملها يجوز هبة النصف من درهم ففي
قاضيخان لو وهب درهما صحيحا من رجلين اختلفوا فيه قال بعضهم لا يجوز لان تنصيف
الدرهم لا يضر فكان مما يحتمل القسمة والصحيح انه يجوز وبه قال السغدي وشمس الائمة
الحلواني لان الدرهم الصحيح لا ينكسر عادة فكان مما لا يحتمل القسمة حتى لو كان من الدراهم
التي تكسر عادة ولا يضرها الكسر والتبعيض كان بمنزلة المتاع الذي يحتمل القسمة فلا
يجوز والدينار الصحيح قالوا ينبغي ان يكون بمنزلة الدرهم الصحيح رجل معه درهمان
فقال لرجل وهبت منك درهما منهما قالوا ان كان الدرهمان مستويين في الوزن
والجودة لا يجوز لان الهبة تناولت احدهما وهو مجهول وان كانا متفاوتين جاز لان
الهبة تناولت وزن درهم منهما وهو متاع لا يحتمل القسمة فيجوز وهل الاثواب
المختلفة والدواب المختلفة مما يقسم او مما لا يقسم فقال في الخلاصة ولو وهب نصف
ثوبين او نصف عشرة اثواب مختلفة نطي وهروي ومروي ونصف دواب
مختلفة جاز لانها لا تقسم فان كانت من نوع واحد لم تجز الا مقسوما انتهى
وهل المقبوض بالهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له ام لا وهل تفيد الملك
بالقبض ام لا استدل في قاضيخان على انه مضمون وقال ذكر ابن رستم رجل
دفع درهمين الى رجل وقال احدهما هبة لك والاخر امانة عندك فهلكا جميعا
يضمن درهما وفي الاخر امين قال وانما يضمن لانه اخذه بهبة فاسدة نظرا انها
يكون مضمونة وذكر في مضاربة الكبير رجل دفع الى رجل الف درهم وقال
نصفها هبة لك ونصفها مضاربة عندك لا يجوز فان هلك المال عند
القابض يضمن خمسمائة درهم ولو وهب نصف الدار او تصدق وسلم
ثم ان الواهب باع ما وهب او تصدق ذكر في وقف الاصل انه يجوز بيعه

بيعه لانه لم يقبض ولو باعها الموهوب له لا يجوز بيعه لانه لم يملك نص لا هبة المشاع فيما
يقسم لا يفيد الملك واذا اتصل بها القبض وبه قال الطحاوي وذكر عصام انها تفيد الملك وبه
اخذ بعض المشايخ رجل دفع تسعة دراهم الى رجل وقال ثلثه لك قضاء من حقك وثلثه
لك هبة وثلثه تصدقت بها عليك قال محمد ثلثه قضاء جائزة وثلثه صدقة لم يجز
ولا يضمن وثلثه لم يجز ويضمن نص ان الهبة الفاسدة مضمونة الى هنا كلام قاضيخان
فقد استدل بهذه المسائل على ان الهبة الفاسدة مضمونة بالقبض وعلم منها ايضا ان
افادة الهبة الفاسدة والملك بالقبض خلاف فيه وقال في الخلاصة الهبة الفاسدة مضمونة
بالقبض والصدقة الفاسدة كالهبة الفاسدة وانها لا تفيد الملك على المختار فان قسم
اي ما يحتمل القسمة وسلم صح اي يثبت الملك للموهوب له لان هبة مشاع يحتمل القسمة
وقعت صحيحة في نفسها لوجود المحل ولكن ثبوت الملك بها للموهوب له يتوقف على التقسيم
والتسليم ليوجد القبض الكامل فيها اذ لا يكتفى بالقبض الناقص فيما يمكن فيه القبض الكامل وقد
امكن هنا فيما يحتمل القسمة فلا بد فيه من القسمة والتسليم ليوجد القبض الكامل فمراده
بعدم صحة هبتها عدم ثبوت الملك بها قبل القسمة لا البطلان وبالصحة بعد القسمة ثبوت
الملك بها وقال الشافعي هبة المشاع جائزة في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره
كانواع البيع من الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان الشيوع لا يمنع تمام القبض في هذه
العقود بالاجماع حتى لو باع وخلى بينه وبين المشتري خرج عن ضمان البائع ودخل في ضمان المشتري
وملكه المشتري وان كان البيع فاسدا فلو لم يتم قبضه لما دخل في ملكه وكذا يصلح المشاع ان يكون
رأس مال السلم وبدل الصرف والقبض شرط فيهما فكذا يصح هبته ولا يمنع تمام القبض لان
المشاع قابل للملك كما في البيع والارث وكل ما هو قابل للملك فهو محل له فكان العقد صادرا
عن اهله مضافا الى محله فلا مانع ثم لما صدر فكان جائزا لا يقال ان الهبة تبرع فيجوز ان يكون
الشيوع مبطلا فيها لانا نقول لم يعهد ان الشيوع مبطل في التبرعات كما في القرض والوصية
قلنا ان القبض في الهبة منصوص عليه فيما روينا فيشترط كماله وقبض المشاع ناقص لانه
لا يقبله الا بضم غير الموهوب اليه فلا يثبت به الملك ولان في اثبات الملك به

الزام الواهب شيئا لم يلزمه وهو مؤنة القسمة والتسليم بخلاف ما لا يقسم ولانه
يكتفى فيه بالقبض الناقص ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهاباة انما تلزمه فيما لم
يتبرع به وهو المنفعة والتبرع به بالهبة هو العين لا المنفعة فايجاب المهاباة
ليس الزام ما لم يلتزم المتبرع والوصية ليست من شرطها القبض وكذا البيع
الصحيح حتى يتصور كون الشيوع مانعا فيهما واما البيع الفاسد والصرف والسلم
وان كان القبض شرطا فيها لكنه غير منصوص عليه فلا يشترط ان يكون كاملا
والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة
عملا بالدليلين ولا يصح اى تبطل فى نفسها هبة دقيق فى بر ودهن فى سمسم وسمن
فى لبن وان وصلية طحن البر واستخرج الدهن والسمن وسلم الى الموهوب له
لان المحل هنا معدوم حالة العقد فلا ينعقد العقد اصلا كبيع المعدوم فانه باطل
فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف هبة المشاع فانه جائز فى نفسه لوجود المحل حالة العقد
لكن ثبوت الملك موقوف على القبض الكامل فلا بد فيه من القسمة والتسليم على ما
ذكرناه وهبة لبن مبتدا وخبره قوله كهبة المشاع فى ضرع وصوف على غنم ونخل
وزرع فى ارضه وتمر فى نخل كهبة المشاع اى جائزة فى نفسها لكن ثبوت الملك موقوف
على الافراز والتسليم والقبض كما فى المشاع حتى اذا افرزت هذه الاشياء عن ملك
الواهب وسلمت الى الموهوب له ملكها الموهوب له بالقبض كما فى المشاع وكذا الموهوب
له ما فى بطن جاريته وما فى بطن غنمه لا يجوز واعلم ان امهات مسائل الشايع سواء
كان مما يحتمل القسمة او مما لا يحتملها تسع بيع الشايع واجارته واعارته وايداعه
ورهنه وهبته وصدقته وقرضه ووقفه اما بيعه فجائز سواء كان مما يحتمل القسمة
او لا يحتملها وسواء كان من شريكه او من اجنبى وسواء كان الكل له فباع النصف
او كان بين اثنين فباع احدهما نصيبه وقد ذكرناه فى كتاب البيع مفصلا فى اخر البيع
الفاسد واما اجارته فلا فرق عند ابى ح بين ما يحتمل القسمة وبين ما لا يحتملها والجواب
فى الكل عنده واحد ثم العين اذا كان بين اثنين فان اجر احدهما نصيبه من شريكه

من شريكه جاز بالاجماع فى ظاهر الرواية عن ابى ح وروى عنه انه لا يجوز ايضا وسواء
اجر كل نصيبه من شريكه او بعضه ولو كان العين بينهما واجر احدهما نصيبه من
اجنبى اختلف المشايخ على قول ابى ح حكى ابو طاهر الدباس عنه انه يجوز وحكى غيره عنه
انه لا يجوز ولو كان العين كله لرجل فاجر النصف من اجنبى فعند ابى ح لا يجوز وعندهما
يجوز ثم اختلفوا على قول ابى ح قيل لا ينعقد حتى لا يجب الاجر اصلا وقيل ينعقد فاسدا
حتى يجب اجر المثل قالوا وهو الصحيح وان كان الكل له فاجر الكل من اثنين فان اجمل وقال
اجرت الدار منكما جاز بالاجماع وان فصل فلا يخلو اما ان يكون بالتنصيف بان قال
نصفها منك ونصفها منك او بالاثلاث بان قال ثلثها منك وثلثها منك وفى
هذا الوجه يجب ان يكون المسئلة على قول ابى ح على الاختلاف الذى ذكرنا فيما اذا كان
الكل بينهما واجر النصف احدهما من اجنبى فعلى ما حكى عنه ابو طاهر ينبغى
ان يجوز وعلى ما حكى عنه غيره ينبغى ان لا يجوز ثم الشيوع الطارى لا يفسد الاجارة
فى ظاهر الرواية عن ابى ح ويفسدها فى رواية عنه واما اعارته ففى العمادية نقلا عن
كتاب الشيوع اذا اعار الشايع جاز فى الوجوه كلها وذكر عن فتاوى ظهير الدين ان
ايداع المشاع جائز واما رهنه فلا يجوز لا من الشريك ولا من غيره فيما يحتمل القسمة
وفيما لا يحتملها والشيوع الطارى والمقارن سواء وسيأتى تفصيله فى كتاب الرهن
ان شاء الله تعالى وكذا لا يجوز مضاربته ذكره فى العمادية عن عيون المختلف واما
هبته فعلى ما تقدم انفا من التفصيل ولنعد بعض ما ذكره مع زيادة تتميما للفائدة
قال والهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة يجوز من الشريك ومن الاجنبى وفيما يحتملها
لا يجوز لا من الشريك ولا من الاجنبى والشيوع المقارن يفسد الهبة بالاتفاق واعلى الشيوع
حالة القبض واما الشيوع حالة العقد فلا يضر والشيوع الطارى لا يفسد الهبة
بالاتفاق والشيوع الطارى فى الهبة ان يرجع الواهب فى بعض الهبة فيبقى الموهوب
بينه وبين الموهوب له مشتركا واما الشيوع الحاصل بالاستحقاق فى بعض الموهوب
فمن قبيل الشيوع المقارن لان الاستحقاق اذا ظهر بالبينة كان مستندا الى ما قبل الهبة

فيكون مقارنا لها لا طاريا عليها واختلفوا في ان المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون
على الموهوب له اولا والمختار في الفتوى انه مضمون واختلفوا ايضا في ان الهبة الفاسدة
هل تفيد الملك للموهوب له بالقبض او لا يفيد والمختار انه لا يفيد ومنه وقع الخلاف
في ان نفقة الموهوب بالهبة الفاسدة على من يكون قيل على الواهب لعدم افادته
الملك بالقبض وقيل على الموهوب له بناء على القول بافادة الملك واتفقوا على ان رجلا
اذا وهب من قريبه شيئا هبة فاسدة له حق الرجوع سواء افادت الملك بالقبض
للموهوب له اولا اما على القول بانها لا تفيد الملك فظاهر واما على القول بانها تفيد
الملك فلان المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له بالقيمة او بالمثل
فاذا كان مضمونا كان يستحق الرد قبل الهلاك فيملك الرجوع والاسترداد كذا في
العمادي واما تصدق الشايع فقالوا هذا وهبة المشاع في جميع ما ذكر سواء الا في شيء وهو
انه اذا وهب الكل من اثنين فيما يحتمل القسمة وسلم اليهما لا يجوز عند ابي ح بلا خلاف
عنده وفي الصدقة اختلف المشايخ على قوله منهم من قال لا يجوز الصدقة ايضا ومنهم
من قال في المسئلة روايتان على رواية الاصل لا يجوز وعلى رواية الجامع الصغير يجوز قيل
وهو الصحيح وسيأتي تفصيله فيما بعد واما وقف الشايع فعند محمد لا يجوز وعند ابي
يوسف يجوز ويلزم وبه اخذ ابو القاسم الصفار وبعد القضاء بصحته يجوز عند الكل
وتقدم تفصيله في كتاب الوقف وهل يتحقق غصب الشايع اختلفت فيه عباراتهم
ففي فتاوى رشيد ان غصب نصف الشايع شايعا لا يتصور ولا يتحقق وذكر الصدر
الشهيد انه يتصور وهبة شيء هو في يد الموهوب له بطريق العارية او الوديعة
او الرهن او الغصب او الاجارة تتم بلا تجديد قبض لان قبض الامانة ينوب عن قبض
الهبة لتجانسهما في عدم كونهما قبض ضمان وكذا قبض الرهن والغصب والاجارة
تنوب عن قبض الهبة لانها فوق قبض الهبة والشيء يتضمن ما دونه وكذا لو كان في يده
هبة فاسدة ثم وهبها منه هبة صحيحة لا يحتاج الى قبض جديد لان المقبوض بالهبة
الفاسدة مضمون عليه فيكون اقوى من قبض الهبة الصحيحة فينوب عنها وكذا

وكذا لو كان في يده بيعا فاسدا فوهبه لا يحتاج الى تجديد قبض لان قبض البيع ولو فاسدا
اقوى من قبض هبة بخلاف البيع [illegible] اذا باع الوديعة او العارية ممن في يده يحتاج
الى قبض جديد لان البيع يقتضي [illegible] مضمونا وقبض المودع قبض امانة فلا ينوب
عن قبض الضمان بل يحتاج الى تجديد [illegible] والاصل هنا ان القبضين اذا تجانسا ناب
احدهما عن الآخر لاتحادهما جنسا واذا اختلفا ناب الاقوى عن الاضعف بلا عكس لان
في الاقوى مثل الادنى وزيادة وليس في الادنى ما في الاقوى قال في القنية استودع اخاه عبدا
او ثوبا او متاعا او دارا او دابة ثم قال وهبت لك وديعتي وهي في يد المودع يجوز اذا
قال قبلت ولو وهب عبدا لاخيه وقبضه في المجلس او بعده بامره بالقبض نصا صح
بدون قوله قبلت فشرط القبول في الاول دون الثاني لان اقدامه على القبض قبول منه
وامره بالقبض رضاه من الواهب ولا كذلك في الاول لانه في يد الموهوب له فلو لم يشترط
القبول نصا يقع الملك له في الهبة بغير رضاه وانه ضرر انتهى فعلم منه ان القبول شرط في
مسئلة الكتاب وان لم يذكره والاولى ان يقول تتم بالقبول بلا تجديد قبض والمراد بتجديد
القبض ان ينتهيا الى موضع فيه العين ويمضي وقتا يتمكن فيه من قبضها كذا في العناية
وهبة الاب لطفله تتم بالعقد ان كان الموهوب في يد الاب او يد مودعه لان قبض الاب
ينوب عن قبض الطفل لولايته عليه بخلاف الهبة لولده الكبير وان كان في عياله لانه لا ولاية
له عليه فلا بد من قبض الولد ويد مودع الاب كيد نفسه فينوب عن قبض الطفل ايضا
ويد مستعير الاب كيده كذا في الخلاصة والبزازية ثم لا بد في تمام هبة الاب لطفله من كون
الموهوب معلوما لما ذكر في النهاية وكل شيء وهبه لابنه الصغير واشهد عليه وذلك الشيء معلوم
فهو جائز والقبض فيه باعلام ما وهبه له والاشهاد عليه هكذا نقله عن المبسوط ثم قال
والاشهاد ليس بشرط بل الهبة تتم بالاعلام الا انه ذكر الاشهاد احتياطا وللتحرز عن
جحود سائر الورثة بعد موته وعن جحوده بعد ادراك الولد وهكذا ذكره في البزازية
ايضا حيث قال والاشهاد للتحرز عن الجحود بعد موته والاعلام لازم لانه بمنزلة القبض
وفي قوله ان كان الموهوب في يد الاب اشارة الى ما في قاضيخان لو وهب عبده الآبق لولده

الصغير لا يجوز وان باع جازه انتهى لانه ليس في يد الواهب حالة اباقه لكنه قد ذكرنا في باب
البيع الفاسد نقلا عن الزيلعي وفتح القدير وغاية البيان ان هبة العبد الآبق لولده الصغير
جائزة فارجع اليه لا اي لا تتم هبة الاب لطفله بالعقد والاعلام ان كان الموهوب في يد غاصب
او مبتاع اي من يقبل البيع اي المشتري بيعا فاسدا وحكم يد مبتاع بيعا صحيحا معلوم مستغن
عن البيان او يد متهب هكذا وقع في النسخ ولعل الصواب او مرتهن على ما وقع في عامة الكتب
وهذا لان كلا من هؤلاء قابض لنفسه فلا يكون يده يد الاب وكذا يد المستاجر لا ينوب عن يد الاب
لانه قابض لنفسه قال في فصل هبة المشاع من قاضيخان ولو وهب لابنه الصغير ارضا فيها
زرع للاب او وهب لابنه دارا والاب ساكن فيها لم تجز الهبة وعن ابي ح في المجرد رجل تصدق
على ابنه الصغير بدار والاب ساكن فيها او له متاع فيها او فيها قوم يسكنون بغير اجر جازت
الصدقة ويصير الاب قابضا لابنه ولو كان فيها سكان باجر كانت الصدقة باطلة ثم قال فيها
في فصل هبة الوالد لولده رجل وهب لابنه الصغير دارا وهي مشغولة بمتاع الاب قال ابو نصر
جاز ولا يحتاج الى التفريغ لانها مشغولة بمتاع القابض وهو الاب ولو تصدق على ابنه الصغير
بدار والاب ساكن فيها لا يجوز في قول ابي ح ويجوز في قول ابي يوسف وعليه الفتوى لما قلنا
في الهبة انتهى فقد فرق بين هبة الاب من ابنه دارا سكن فيها وبين هبة الاب من ابنه دارا
فيها متاع الاب حيث حكم في الاول بعدم جواز الهبة وفي الثاني بجوازها فهو اما محمول على
الروايتين وعلى اختلاف القولين وقال في الزيلعي ولو وهب الاب من ابنه الصغير دارا والاب
ساكنها او متاعه فيها جازت الهبة وملكها الابن بمجرد قوله وهبتها له لانها في يده ولو كان
يسكنها غيره باجر لا يجوز لان المستاجر قابض لنفسه لا للاب وان كان بغير اجر جازت الهبة
ذكره محمد في المنتقى فلم يفرق بين المسئلتين كما فرق قاضيخان وحكم بجواز الهبة فيهما
وكذا لم يفرق في الخلاصة بينهما وحكم بجواز الهبة فيهما حيث قال نقلا عن المنتقى رجل وهب
او تصدق على ابن له صغير بدار وله فيها متاع او هو ساكن فيها بعياله او فيها ساكن
بغير اجر ولم يفرغها جازت الهبة والصدقة ثم نقل عن الفتاوى رجل وهب لابنه الصغير دارا والدار
مشغولة بمتاع الواهب جاز ولو تصدق بدار على ابنه الصغير والاب ساكنها لا يجوز عند ابي ح

ابي ح وعندهما يجوز وعليه الفتوى وما ذكر في المنتقى قول محمد انتهى والصدقة في
ذلك اي في حق الطفل كالهبة ففي كل موضع يجوز هبة الاب من طفله يجوز تصدقه
عليه ايضا والا فلا يجوز تصدقه بما في يده او في يد مودعه او مستعيره ولو مشغولا
بمتاعه لا في يد غاصبه او مبتاعه بيعا فاسدا او مرتهنه او مستاجره لما ذكرناه في
الهبة فلم يفرق بين الهبة من طفله والصدقة عليه وقد تقدم من قبل ان الامام
قاضيخان فرق بينهما وقال لو وهب لابنه الصغير ارضا فيها زرع الاب او دارا فيها
متاع الاب لا يجوز الهبة ثم قال نقلا عن المجرد لو تصدق على ابنه الصغير بدار
سكن فيها الاب او له متاع فيها يجوز وهكذا فرق بينهما في الخلاصة وقال ما ذكر في
المنتقى من الجواز قول محمد على ما ذكرناه آنفا وما ذكره المص من عدم الفرق هو المذكور
في الهداية والعناية والزيلعي ومما يتعلق بالهبة من الصغير ما في اوائل هبة قاضيخان
رجل غرس كرما وله ابن صغير فقال جعلته لابني فلان يكون هبة لان الجعل عبارة
عن التمليك ولو قال اغرسه باسم ابني فلان لا يكون هبة وان قال جعلته باسم ابني
يكون هبة ظاهرا لان الناس يريدون بهذا الهبة رجل اتخذ وليمة للختان فاهدى الناس

مطلب
اهدى الناس الهدايا عند الختان والوليمة هل تكون للوالد او للولد

هدايا ووضعوا بين يديه قالوا ان كانت الهدية مما يصلح للصبيان مثل لباس الصبيان
او يكون شيئا يستعمله الصبيان فهو للصبي لان مثل هذا يكون هبة للصبي عادة وان
كانت الهدية دراهم او دنانير او غير ذلك يرجع الى المهدي فان قال المهدي هي هبة
للصغير كانت للصغير وان للاب فهي للاب وان تعذر الرجوع اليه ينظر ان كان
المهدي من معارف الاب واقاربه فهي للاب وان كان من قرابة الام او من معارفها
فهي للام وكذلك ان اتخذ وليمة لزفاف الابنة الى بيت زوجها فاهدى الناس هدايا
فهو على ما ذكرناه من قرابة الاب وكذلك لو كان للمهدي من قرابة الزوج او من معارفه
او من معارف المراة او من قرابتها الا اذا بين المهدي فقال اهديت لهذا او لهذا فالقول
قوله وقال بعضهم في الاحوال كلها الهدية يكون للوالد لان الوالد هو الذي اتخذ
الوليمة وقال بعضهم يكون للولد لان الوالد اتخذ الوليمة للولد لا لنفسه

ولا يعتبر قول المهدى عند الاهداء اهديت للولد والاعتماد على ما قلنا اولا انتهى
قال في الخلاصة والبزازية رجل اتخذ وليمة للختان فاهدى الناس هدايا ووضعوا
بين يدى الصبى ان كانت الهبة تصلح للصبى مثل ثياب الصبيان او ما يستعمله الصبيان
فالهدية للصبى وان كانت غير ذلك كالدراهم والدنانير والحيوان ومتاع البيت
ينظر الى المهدى ان كان من اقرباء الاب او معارفه فهو للاب وان كان من اقرباء الام
او معارفها فهو للام سواء كان المهدى يقول عند الهدية هذا للصبى او لم يقل وكذا
لو اتخذ الوليمة لزفاف بنته الى بيت زوجها انتهى فعلم منه ان ما ذكره قاضيخان
مخالف لما ذكره في الخلاصة والبزازية بوجهين احدهما من جهة قوله ووضعوا بين
يديه لان الظاهر منه ان ضمير يديه راجع الى رجل لا الى الصبى كما في الخلاصة والبزازية
فظهر منهما ان هدية ما يصلح للصبى في الختان فهى للصبى سواء وضعها المهدى بين يدى
الاب كما في قاضيخان او بين يدى الصبى كما في الخلاصة والبزازية والثانى من جهة قوله وان
كانت الهدية دراهم او دنانير او غير ذلك يرجع الى المهدى اه فانه قال فيه ان القول قول
المهدى ان قال هى للصغير فهى للصغير وقد قال في الخلاصة والبزازية هنا ان العبرة فيه
الى ان المهدى من اقرباء الاب او معارفه او من اقرباء الام او معارفها ولا عبرة لقول المهدى
انها للصبى قال في الخلاصة ايضا رجل قدم من السفر وجاء بهدايا الى من نزل عنده وقال
له اقسم هذه الاشياء بين اولادك او بين امرأتك وبين نفسك ان امكن الرجوع الى بيان
المهدى فالقول قوله وان تعذر فما يصلح للرجال فللاب وما يصلح للنساء فلامرأته وكذا
بين الصغار وما يصلح لكليهما ينظر الى المهدى انه من اقارب الزوج او المرأة رجل اتخذ
لولده ثيابا ثم اراد ان يدفع الى آخر ليس له ذلك الا ان يبين وقت الاتخاذ انها عارية
وكذا لو اتخذ لتلميذه ثيابا فابق التلميذ فاراد ان يدفع الى غيره وان اراد الاحتياط
يبين انها عارية حتى يمكنه ان يدفع الى غيره انتهى وقيد في قاضيخان مسئلة التلميذ
بقوله بعد ما دفع الثوب اليه حيث قال فابق التلميذ بعد ما دفع اليه والا صار فيه
العرف لان التلميذ يملكه بعد الدفع اليه في العرف فليس له ان يرجع فيه ويدفع الى غيره

مطلب لو اتخذ لتلميذه ثيابا فابق لا يأخذه

غيره فان قيل قال في قاضيخان من فصل العوض اذا وهب للصغير هبة فعوض الاب
او الوصى الواهب من مال الصبى لا يجوز لانه تبرع فاذا بطل التعويض كان للواهب ان يرجع
في هبته انتهى وهكذا في البزازية فهذا يقتضى صحة الرجوع في الهبة للصغير فلم لا يجوز
ان يرجع الاستاد في الثوب الذى دفع الى التلميذ فالجواب ان ما ذكره في فصل العوض
في الهبة بشرط العوض بخلاف دفع الثوب الى التلميذ فان العرف فيه على عدم العوض
فيه فلا يرجع لكونه تبرعا وذكر في الخلاصة ايضا رجل وهب للصغير شيئا من المأكول
يباح للوالدين ان يأكلا منه كذا روى عن محمد هكذا ذكره في البزازية ايضا ثم قال فيها
رجل وهب العبد الآبق له الى دار الحرب لابنه الصغير لا يجوز ولو كان مترددا في
دار الاسلام يجوز ويصير قابضا بخلاف البيع لان الشرط فيه التسليم والشرط في
الهبة القبض وقد وجد القبض دون التسليم لان المتردد في دار الاسلام في يد الاب
حكما تصدق بعبد آبق له على ابن صغير له لا يجوز وعن ابى يوسف انه يجوز
فاما ان يحمل على الروايتين ويحمل عدم الجواز على اللاحق بدار الحرب والجواز على
المتردد في دار الاسلام وقال في هبة الوالد لولده من قاضيخان امرأة لها مهر على
زوجها وهبت المرأة لابنها الصغير الذى هو من هذا الزوج الصحيح انه لا يصح هذه الهبة
لان هبة الدين من غير من عليه الدين لا يجوز الا اذا وهبت وسلطت ولدها على القبض
فيجوز ويصير ملكا للولد اذا قبض انتهى والذى ظهر منه ان هذه الهبة مختلف
في صحتها قبل التسليط واما بعد التسليط فجائزة بالاتفاق وتتم اذا وجد القبض
والا فلا تتم وفي القنية سئل ابو بكر عن هذه المسئلة فقال اولا انا متوقف فيها
ويحتمل انها يجوز ثم قال انها لا يجوز لانها غير مقبوضة ثم قال بعلامة وافتى
الناطفى وبه نأخذ وقال فيها ايضا قبيل هذا نقلا عن الفتاوى البخارية لها على زوجها
دين فوهبته لولدها الصغير صح لان هبة الدين من غير من عليه الدين يجوز اذا سلط
على القبض وللاب ولاية قبض الهبة لولده الصغير فكان قبضه بحكم الولاية
كقبض الصغير فصار كانها تسلطت الصغير على قبضه انتهى والذى ظهر منه

مطلب

ان هذه الهبة صحيحة مطلقا من غير تسليط من المرأة الصغير على القبض بناء على ان قبض
الاب بحكم الولاية على الصغير بمنزلة تسليط المرأة الصغير بلا حاجة الى التسليط منها
صريحا كيف وانه لو احتاج الى التسليط قصدا لا يلزم ان لا تصح تلك الهبة فيما اذا لم
يعقل الصغير القبض والتسليط ولو تسلط المرأة والام في هبتها لولدها الصغير
وتصدقها عليه كالاب عند غيبته غيبة منقطعة او موته وعدم وصيه اي وصي الاب لانه
وصي الاب مثل الاب في ذلك ان كان الطفل في عيالها اي عيال الام فلو وهبت الام لطفلها او
تصدقت عليه وهو في عيالها جازت الهبة والصدقة والقبض لها عند عدم الاب والجد ووصيهما
بحكم ولايتها على طفلها عند عدم هؤلاء كما كان كذلك عند هبة الاجنبي لطفلها فان
القبض فيها ايضا للام عند عدم هؤلاء على ما سيأتي وانما قيد بكون الطفل في عيالها
ليكون لها نوع ولاية لها عليه وقيد بعدم الاب ووصيه لان عند وجودهما لا ولاية لها
على القبض وكذا عند وجود الجد ووصيه كذا في الروايات الظاهرة ذكره في الخلاصة نقلا
عن التجريد ثم قال وذكر الصدر الشهيد ان اشتراط عدم الاب في تملك الام قبض
الهبة للصغير ليس بلازم فانه ذكر في الاصل الرجل اذا زوج ابنته الصغيرة من رجل فزوجها
يملك قبض الهبة للصغيرة ولا يجوز قبض الزوج قبل الزفاف وبعد البلوغ انتهى وفي
تعليله بما ذكر في الاصل نظر ولهذا جعل في البزازية ما ذكره في الاصل مسئلة مبتداة لا تعليلا
لما قبله من قوله ليس بلازم ولا يلزم من جواز قبض الزوج هبة زوجته الصغيرة عند
حضرة الاب جواز قبض الام هبة طفلها عند حضرة الاب كيف وان الزوج انما يقبضها
لتفويض الاب امور الصغيرة الى زوجها وكذا كل من يعول الطفل اي دخل في عياله سواء
كان ذا رحم محرم من الطفل كالاخ والعم او اجنبيا لكن ليس على اطلاقه بل عند عدم الاب
والجد ووصيهما او امع وجود واحد من هؤلاء الاربعة فولاية القبض له لا لغيره سواء كان
الطفل في عياله او لا على ما في العناية عن الايضاح ومختصر الكرخي فاذا لم يبق واحد من هؤلاء
الاربعة جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية له الا يرى انه يؤدبه ويسلمه
في الصنايع فبقيام هذا العذر يطلق حتى قبض الهبة له لكونه من باب المنفعة الى هنا

مطلب تفضيل الاولاد في الهبة والمحبة هل يجوز وهبة كل المال للولد في الصحة جائز

هنا فيما وهب الاب لولده الصغير واما اذا كان له ابن وبنت فاراد ان يهب لهما شيئا
ويفضل احدهما على الاخر في الهبة ففي قاضيخان اجمعوا انه لا بأس بتفضيل بعض الاولاد
على البعض في المحبة لانها عمل القلب وذلك غير مقدور ولو اراد تفضيل احدهما
على الاخر في الهبة لا رواية لهذا في الاصل من اصحابنا وروي عن ابي حنيفة انه لا بأس به اذا كان
التفضيل لزيادة فضل له في الدين وان كانوا سواء فيه يكره وروى المعلى عن ابي يوسف
انه لا بأس به اذا لم يقصد به الاضرار للاخر وان قصد به الاضرار يسوي بينهم يعطي البنت
ما يعطي الابن وقال محمد يعطي للذكر ضعف ما يعطي الانثى والفتوى على قول ابي يوسف
رجل وهب في صحته كل المال لولده جاز ذلك قضاء ويكون اثما انتهى وفي الخلاصة ولو كان
ولده فاسقا فاراد ان يصرف ماله الى وجوه الخير ويحرمه عن الميراث هذا خير من تركه
لان فيه اعانة على المعصية ولو كان ولده فاسقا لا يعطي له اكثر من قوته انتهى ولما
ذكر هبة الاب لولده شرع في بيان هبة الاجنبي له فقال وهبة الاجنبي له اي للطفل
تتم بقبضه لو كان الطفل عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله وبقبض ابيه او جده
اب الاب كذا في الخلاصة وقاضيخان او وصي احدهما او امه اي ام الطفل على الترتيب المذكور
لكن وصي الاب مقدم على الجد على ما صرح به في قاضيخان ان كان الطفل في حجرها اي
حجر الام قيده بذلك لما ذكرناه في عيالها او اجنبي يربيه اي يربي الطفل وذلك بان كان
الطفل في حجره لان من كان الطفل في يده كان له ولاية التصرف النافع وقبض الهدايا وحفظ
الاموال من قبيل النفع المحض فيملكه من كان هو في حجره ولو اجنبيا اذ لا قرابة بينهما
او بقبض زوج الطفلة لها اي للطفلة ولو مع حضرة الاب بعد الزفاف لان الاب قد فوض
امورها الى الزوج حيث زفها اليه وهي صغيرة واقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ
مالها وقبض الهبة من حفظ المال لكن لا يبطل بذلك ولاية الاب حتى لو قبضها الاب
جاز ولو كانت الصغيرة في بيت زوجها وكذا لو قبضت هي بنفسها لو عاقلة للقبض
الطفلة فشمل ما اذا كانت الصغيرة ممن لا يجامع مثلها وقيل اذا كانت الصغيرة ممن
لا يجامع مثلها لا يصح قبض الزوج هبتها ولو بعد الزفاف قالوا والصحيح هو الاول

واحترز بقوله ولو مع حضرة الاب عما في البزازية عن التجريد قبض الزوج انما يجوز اذا لم
يكن الاب حيا لان الصحيح ان الزوج يملك القبض مطلقا وحضور الاب لا يمنعه بخلاف الام
وكل من يعولها غير الزوج فانهم لا يملكون ذلك الا بعد موت الاب والجد او وصيهما حقيقة
او حكما الا قبله لان جواز ذلك لكونها في عياله وان له عليها يدا مستحقة وذلك لا يوجد
قبل الزفاف ومن احكام الصبي ايضا انه لا تكليف على الصبي والصبية بشيء من العبادات
بدنية او مالية فلا يجب الزكاة في ماله ويجب عليه في ماله نفقة زوجته ووالديه وقنه
اتفاقا واختلف في وجوب الاضحية في ماله والمعتمد الوجوب ويضحيها عند الولي لكنه
لا يتصدق بشيء من لحمها فيطعمه منه ما يمكن اكله وما بقي يبتاع منه ما ينتفع بعينه
ولو لم يكن له مال لا يجب على الاب ان يضحي عنه من مال نفسه في ظاهر الرواية عن ابي ح
واتفقوا على وجوب العشر والخراج في ارضه واما الايمان بالله تعالى فسيأتي بيانه في آخر
كتاب المأذون وليس هو من اهل الولايات فلا يلي الانكاح والقضاء والشهادة مطلقا
لكنه لو خطب باذن السلطان وصلى بالغ جاز وتصح سلطنته ظاهرا ويصلح وصيا
وناظرا ويقيم القاضي مكانه بالغا الى بلوغه كما في وصايا منظومة ابن وهبان ويصح
اذانه قيل مع الكراهة وفي ظاهر الرواية انه لا كراهة في اذان الصبي العاقل ويقبل قوله في
الهدية والاذن وتصح الاجارة له ويمنع من مس المصحف وتمنع الصبية المطلقة او المتوفى
عنها زوجها من التزوج الى انقضاء العدة ولا تجب عليها العدة على الصحيح ويصح امانه
ولا يداوى الا باذن وليه واذا اهدى له شيء من المأكولات يباح اكل ابويه منه على ما روي
عن محمد وقال في الاشباه نقلا عن الملتقط لا يأكل منه بلا حاجة ويصح توكيله اذا كان
يعقل العقد ولو محجورا ولا ترجع الحقوق اليه في نحو بيع بل لموكله ولا يصح الخصومة
منه الا ان يكون مأذونا كذا في الاشباه نقلا عن الملتقط ويحصل بوطئه التحليل
اذا كان مراهقا ويملك المال بالاستيلاء كالبالغ والتقاطه كالتقاط البالغ ويجب رد
سلامه ويصح اسلامه وردته ولا تقتل لو ارتد بعد اسلامه ويحل ذبيحته بشرط
ان يعقل التسمية ويؤكل الصيد برميه اذا سمى ويجوز دخوله على الاجنبية من النساء

مطلب نفقة الوالدين يجب على الصغير

مطلب يصح اسلام الصبي العاقل وردته ويحل ذبيحته ويجوز دخوله على الاجنبية

النساء الى خمسة عشر سنة على ما في الاشباه من الملتقط ولا يقع طلاقه وعتقه ويحجر عما
يضر من الاقوال ويثبت حرمة المصاهرة بوطئه ان كان ممن يشتهي النساء به والا فلا
ولا يدخل في القسامة والعاقلة وان وجد قتيل في داره ولا يعرف قاتله فالدية على عاقلته
ولا جزية عليه ولا يدخل في الغرامات السلطانية كالنساء واختلف في تحليفه ففي سابع
قضاء البزازية لا يحلف الصبي المأذون عند نصير لانه لا يحنث ولا يلزمه الدين الا باقرار
او بينة وعلمائنا على انه يحلف وبه نأخذ واختار في الاشباه قول نصير نقله عن
العمدة ويقام التعزير عليه تأديبا وتتوقف عقوده المترددة بين النفع والضر على اجازة
وليه ويصح قبضه للهبة لو كان يعقل كما عرفت ولا يتوقف من اقواله ما يمحض ضررا
ومنه اقراض واستقراض لو كان محجورا فانه لو اقرض احدا فما بقي عينه فلمالكه ان
يسترده على قول ابي ح وابي يوسف ومحمد ولو لم يبق عينه لم يضمن عند ابي ح ومحمد مطلقا
وقال ابو يوسف لو انفقه او اتلفه يضمن لا لو تلف بنفسه وفاقا وكذا لو اتلف الصبي
المحجور وديعة عنده لا يضمن عندهما خلافا لابي يوسف ولو استهلك مال الغير من
غير سابقة الايداع او الاقراض يضمن بالاجماع ولو قبل الوديعة باذن وليه واستهلكه
يضمن بالاجماع ايضا هذا تفصيل ما قالوا يضمن الصبي ما اتلفه وكفالته باطلة ولو عن
ابيه وصحت له وعنه مطلقا وتفصيله في العمادي وصح هبة اثنين لواحد دارا
لان المقتضي وهو العقد موجود والمانع وهو الشيوع منتف لان الشيوع اما ان يكون
بالتسليم او القبض وهما سلماها له جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع اصلا
لا عكسه اي لا تصح هبة واحد لاثنين دارا بينهما لانه هبة النصف من كل واحد منهما
ولهذا لو كانت هذه الهبة فيما لا يقسم فقبل احدهما جاز بالاتفاق ولولا انه تمليك
لكل واحد منهما على حدة لما جاز فينصرف قبض كل واحد منهما الى نصيبه على حدة
وهو شايع فيكون القبض ناقصا كما في هبة نصيب الشايع لشريكه او معدوما اذ قبض
الشايع لا يتصور فلا يجوز مطلقا سواء كان الواهب نص على نصيب كل واحد منهما
ابتداء متساويا او متفاضلا بان قال وهبت لك نصفها ولهذا نصفها او قال

مطلب الصبي اذا اتلف مال الغير يضمن

وهبت لك ثلثها ولهذا ثلثيها او بعد الاجمال بان قال وهبت لكما هذه الدار لك نصفها
ولهذا نصفها او لم ينص على نصيب واحد منهما اصلا اذ الشيوع حاصل في الكل
فلا يجوز هذا عند ابي ح خلافا لهما حيث جوّزا العكس ايضا لهما ان هذه هبة
الجملة منهما لاتحاد التمليك ولا شيوع في هبة الجملة فصار كما اذا رهن من رجلين
بل اولى لان تأثير الشيوع في الرهن اكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يقسم
دون الهبة ولو رهن من رجلين جاز فهذا اولى ولان الشيوع لم يوجد الا من احد
الطرفين اي طرف الموهوب له فلا يفسد اذ ليس فيه الزام المتبرع مؤنة القسمة
فصارت كالمسئلة الاولى فيجوز الا ان محمدا لم يفرق بين ان ينص الواهب على نصيب
كل واحد منهما ابتداء او بعد الاجمال متساويا كان نصيب كل منهما بان قال لك نصفها
ولهذا نصفها او متفاضلا بان قال لك ثلثها ولهذا ثلثيها وبين ان لا ينص في القول
بالجواز كما لم يفرق ابو ح بينهما في عدم الجواز على ما ذكرناه وفرق ابو يوسف
بينهما وقال انه اذا لم ينص يجوز واذا نص بالتفضيل بان قال ثلثها لك وثلثيها
لهذا لم يجز اذ بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده ثبوت الملك في البعض
فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على الابعاض واذا
نص بالتنصيف بان قال لك نصفها ولهذا نصفها ففيه عن ابي يوسف روايتان
في رواية لا يجوز لما تقدم وفي رواية يجوز لانه نص على ما يقتضيه مطلق العقد فلا
يفسد لان مطلق العقد يقتضي التنصيف فامكن تصحيحه بان يجعل مجازا عن الموجب
فيجعل مجازا عن العقد فلا يفسد بخلاف ما اذا نص على التفاضل بالثلث والثلثين لان
مطلق العقد لا يقتضيه فلا يمكن جعله مجازا عن موجبه فيقتضي شيوعا في العقد
بالضرورة وقيل انما جوّز ابو يوسف في النص بالتنصيف فيما اذا اجمل ولا ثم فصّل
على التنصيف بان قال وهبت لكما هذه الدار نصفها لك ونصفها لهذا لان التنصيف
لم يخالف الاجمال فيكون لغوا في الكلام فلا يوجب الفساد واما اذا فصل اولا من غير
اجمال بان قال وهبت نصف هذه الدار لك ونصفها الآخر لهذا لا يجوز عنده ايضا

ايضا كذا في الزيلعي ثم الجواب لابي ح عن قولهما ان حكم الرهن الحبس ولا شيوع فيه
بل يثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن
وان ثبوت الملك مشاعا في طرف الموهوب لم يقتضي ثبوت التمليك مشاعا ايضا في
طرف الواهب لان الملك حكم التمليك والحكم يثبت بقدر دليله وقولهما ليس فيه الزام
المتبرع مؤنة القسمة قلنا مسلم لكن نقصان القبض ايضا مانع والمانع ليس بمنحصر فيه
الا ترى ان رجلين لو وهبا لرجلين على ان نصيب احدهما لاحدهما بعينه ونصيب الآخر للآخر
لا يجوز بالاجماع وليس على الواهبين مؤنة القسمة وانما لم يجز لمانع نقصان القبض وكذا
فيما نحن اطلق الاثنين فشمل الاولاد والاجنبي لكنه لا بد ان يكون الاولاد كبيرين لما في
قاضيخان ولو وهب دارا لابنين له احدهما صغير في عياله كانت الهبة فاسدة
عند الكل بخلاف ما لو وهب لابنين كبيرين وسلم اليهما جملة فان الهبة جائزة
في قول ابي يوسف ومحمد واما اذا كان احدهما صغيرا فكما وهب يصير الاب قابضا
حصة الصغير فيتمكن الشيوع وقت القبض فتفسد بخلاف الكبيرين فان الشيوع
فيهما لم يوجد لا وقت العقد ولا وقت القبض هكذا ذكره وقال في البزازية وهب دارا لابنين
له احدهما كبير والآخر صغير ان قبض الكبير جازت وذكر بعده انها باطلة وهو الصحيح
لان هبة الصغير منعقدة حال مباشرة الهبة كقيام قبض الاب مقام قبضه وهبة الكبير
محتاجة الى القبول فسبقت هبة الصغير فتمكن الشيوع والحيلة ان يسلم الدار
الى الكبير ويهبها منهما هكذا ذكره الانقروي في فتاواه وقال في حاشية يفهم منه
جواز الهبة لولديه الصغيرين كذا حرره حموي زاده وقال في قاضيخان رجل وهب
من رجل دارا وسلم فاستحق نصفها بطلت الهبة في الباقي انتهى لا يقال هذا مخالف
لما تقرر ان الشيوع الطارئ لا يفسد الهبة بالاتفاق لانا نقول ان الشيوع الحاصل بالاستحقاق
ليس شيوعا طاريا بل شيوع مقارن وقت القبض لان الاستحقاق اذا ظهر بالبينة
كان مستندا الى ما قبل الهبة فيكون مقارنا لها لا طاريا عليها وقد تقدم ايضا وذكر
في قاضيخان ايضا لو وهب في مرضه دارا وليس له مال سوى الدار ثم مات ولم يجز الورثة

هبته بقيت الهبة في ثلثها وتبطل في الباقي والاصل فيه ايضا ما ذكرناه من ان الشيوع
في الحاصل بالاستحقاق ليس بشيوع طارئ بل شيوع مقارن وذكر فيه ايضا لو وهب دارا
بما فيها من المتاع وسلم ثم استحق المتاع ذكر في الزيادات ان الهبة لا تبطل في الدار وذكر
ابن رستم ان هذا قول محمد اما على قول ابي يوسف لو استحق وسادة منها تبطل الهبة
في الدار لان موضع الوسادة من الدار لم يقبض بخلاف ما لو وهب ارضا فيها زرع مع زرعها
ثم استحق الزرع بطلت الهبة في الارض عند الكل والزرع لا يشبه المتاع لان اتصال
الزرع بالارض اشد من اتصال المتاع بها ولو وهب سفينة فيها طعام بطعامها ثم
استحق الطعام بطلت الهبة في قول ابي يوسف في السفينة وقال ابن رستم وهذا قول
ابي ح وقال محمد لا تبطل الهبة في السفينة لابي يوسف ان موضع الطعام من السفينة
لم تقبض لكونه مشغولا بما ليس بهبة فلم تصح هبة السفينة ويؤيد قول ابي يوسف
ما ذكروه رجل وهب دارا فيها متاع للواهب او جوالقا او جرابا فيها طعام للواهب
وسلم لا يجوز لان الموهوب مشغول بما ليس بهبة بخلاف ما لو وهب المتاع والطعام دون
الجوالق والدار وسلم جاز لان الموهوب غير مشغول بما ليس بهبة بل هو شاغل بما ليس
بهبة وكون الموهوب شاغلا لغيره ليس بمفسد وانما المفسد كونه مشغولا لغيره
لانه هو المانع لتمام القبض لا كونه شاغلا ولو وهب كرما او اشجارا مغروسة على
الاراضي الاميرية او الوقف لولده الكبير او الاجنبي بغير ان يفرغ الارض للموهوب له باذن
صاحب الارض لا يجوز بخلاف ما لو وهب تلك الاشجار او الكرم لولده الصغير بغير ان يفرغ
الارض له جاز وبخلاف ما لو وهب الدار المبنية على ارض الوقف او الاميرية بغير اذن المتولي
وصاحب الارض فانه يجوز كما افتى به مشايخ الاسلام وصح تصدق عشرة على فقيرين
وهبتها لهما ولا تصح لغنيين عند ابي ح خلافا لهما هذا في رواية الجامع الصغير
حيث جعل كل واحد من الصدقة والهبة مجازا عن الاخر جعل الهبة للفقيرين صدقة
والصدقة على الغنيين هبة لعلاقة ان كل واحد منهما تمليك بلا عوض فجازت الاستعارة
وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم حتى اجاز الصدقة على اثنين ولم يجوز الهبة لهما

لان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى قال النبي عم الصدقة تقع في كف الرحمن قبل ان تقع في كف الفقير فلا شيوع والهبة على الفقير صدقة والصدقة جائزة فكذا الهبة

مطلب من وهب الدار المبنية على ارض الوقف او الاميرية بغير اذن المتولي هل يجوز

لهما حيث جعلها مجازا عن الصدقة ووجه الفرق ان الصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى
وهو واحد معلوم والفقير نائب عنه ولا كذلك الهبة فيكون تمليكا من اثنين فلا يجوز
ولهذا لو اوصى بثلث ماله للفقراء المجهولين جاز ولو اوصى به للاغنياء المجهولين
لا يجوز وفي رواية الاصل سوى بينهما في الحكم حيث قال عقيب ذكر الهبة وكذلك الشيوع
يمنع الهبة يمنع الصدقة ايضا لان كل واحد منهما مبني على القبض الكامل والشيوع يمنع
فيهما فلا يجوز تصدق عشرة على فقيرين ولا هبتها لهما كما لا يجوزان على غنيين في
رواية لما ذكرناه ففي المسئلة روايتان رواية الجامع الصغير ورواية الاصل كذا في الهداية
وقال الحاكم يحتمل ان يكون مراده في الاصل من قوله وكذلك الصدقة على الغنيين فيكون
مجازا عن الهبة فعلى هذا ليس في المسئلة روايتان وفي النهاية الظاهر ان في المسئلة روايتين
وقيل الصحيح رواية الجامع الصغير وهذا كله على قول ابي ح وقالا الهبة على شخصين جائزة
على ما سبق والصدقة اولى

باب الرجوع فيها

اي في الهبة صح الرجوع فيها
كلا او بعضا لانها عقد تبرع وثبوت الملك به للموهوب له غير لازم فيصح الرجوع ما لم
يمنع مانع من الموانع التي سيأتي بيانها حتى لو قال الواهب اسقطت حقي في الرجوع لا يسقط
حقه وله الرجوع بعده متى شاء ما لم يوجد احد الموانع المذكورة ويكره لقوله صلى
الله عليه وسلم العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة
ولذا كان مكروها ويمنع منه اي من الرجوع هذا شروع في بيان الموانع عن الرجوع وهي
سبعة على ما يجمع حروف دمع خزقه فالدال الزيادة المتصلة اي الزيادة في نفس الموهوب
بشيء يوجب زيادة في القيمة كالجمال والخياطة والصبغ ونحو ذلك ولو زاد من حيث
السعر فله الرجوع لانه لا زيادة في العين فلا يلزم من رجوعه ابطال حق الموهوب له وهو المانع
وكذا اذا زاد في نفسه من غير ان يزيد في القيمة كما اذا طال الغلام الموهوب في يد الموهوب له
لانه نقصان في الحقيقة فلا يمنع الرجوع كذا في الزيلعي ويخالفه ما في قاضيخان ولو وهب عبدا
صغيرا فشب وصار رجلا طويلا لا يرجع الواهب فيه لان الزيادة في البدن يمنع الرجوع
وان كانت تنقص القيمة انتهى ففي المسئلة روايتان وفي فتاوى شيخ الاسلام لا نرى

نقلا عن قاضي ظهير ولو زادت الهبة في بدنها خيرا ثم ذهبت الزيادة كان للواهب
ان يرجع في هبته وفي البزازية لو كان الموهوب نحيفا فسمن او كان قبيحا فحسن لا يرجع الواهب
ولو نقله من مكان الى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه الى مؤنة النقل اختلفوا
فيه ففي المنتقى انه عند ابي حنيفة ومحمد ينقطع الرجوع وعند ابي يوسف لم ينقطع لان
الزيادة لم يحصل في العين فصار كزيادة السعر ولهما ان الرجوع يتضمن ابطال
حق الموهوب له في الكراء ومؤنة النقل فيبطل بخلاف نفقة العبد لانه يبدل وهو
المنفعة والمؤنة بلا بدل فيكون مضرا ولو وهب عبدا كافرا فاسلم في يد الموهوب له او عبدا
حلال الدم فعفي ولي الجناية في يد الموهوب له لا يرجع ولو كانت الجناية خطأ ففداه
الموهوب له لا يمنع الرجوع ولا يسترد منه الفداء ولو علم الموهوب له العبد الموهوب القرآن
او الكتابة او الصنعة لم يمنع الرجوع لان هذه ليست بزيادة في العين فاشبهت
الزيادة في السعر كذا في الزيلعي وذكر في قاضيخان اذا وهب المولى العبد المديون من صاحب
دينه بطل دينه وكذا لو كان على العبد جناية خطأ فوهب المولى ذلك العبد لولي الجناية
بطلت الجناية وفي الصورتين يكون للواهب ان يرجع في هبته استحسانا لان كلا من
بطلان الدين والجناية ليس بزيادة في العين ثم اذا رجع المولى في هبة العبد لا يعود الدين
والجناية في قول محمد وهو رواية عن ابي حنيفة وفي القياس لا يصح رجوعه في الهبة وهو رواية
الحسن عن ابي حنيفة والمعلى عن ابي يوسف وهشام عن محمد ولو وهب الامة من زوجها بطل
النكاح فان رجع بعده صح رجوعه لانه هذا ليس بزيادة ثم لا يعود النكاح كما لا يعود الدين
والجناية وعلى قول ابي يوسف اذا رجع المولى في الهبة يعود الدين والجناية وفي عود النكاح
روايتان عنه في رواية يعود وفي رواية لا هكذا ذكره في قاضيخان ثم قال تعليم الموهوب له
القرآن او الكتابة او الصنعة او شيئا من الحروف يمنع الرجوع وعلى قول زفر لا يمنعه وهو
رواية عن محمد رحمه الله في المنتقى وعن ابي حنيفة فيه روايتان انتهى فعلى هذا ما ذكره الزيلعي هو قول
زفر ولو وهب ترابا فبله الموهوب له بالماء بطل حق الواهب في الرجوع لان اسم التراب
قد زال بالزيادة فيه فصار شيئا آخر بخلاف ما اذا وهب سويقا فبله الموهوب له بالماء

بالماء فانه لا يبطل حق الواهب في الرجوع كما لو وهب حنطة فبلها الموهوب له ووهب عبدا
فمرض العبد عند الموهوب له فداواه حتى صح كان للواهب ان يرجع لان هذا ليس بزيادة
في العين وفي التقييد بالزيادة اشارة الى ان النقصان لا يمنع الرجوع ولذا قال في قاضيخان
وغيره لو وهب شجرة لرجل باصلها فقطعتها الموهوب له كان للواهب ان يرجع فيها
وفي مكانها من الارض على الصحيح وعللوه بان القطع نقصان فلا يمنع الرجوع ولو انه جعل
الشجرة ابوابا او جذوعا لا يرجع لانه زيادة وروي انه يرجع في الجذوع معللا بانه ليس
بزيادة بل نقصان كما لو جعله حطبا فانه يرجع فيه لانه نقصان وهكذا في كل ما كان نقصانا
كالبناء والغرس والسمن وهذا لان الرجوع لا يصح الا في الموهوب والزيادة ليست
بموهوبة فلا رجوع فيها والفصل متعذر ليرجع في الاصل دون الزيادة فامتنع اصلا
ويبطل حق الواهب لان حقه في الاصل فقط وحق الموهوب له في الاصل والزيادة فكان
مراعاته اولى والمراد بالبناء والغرس هنا ما كان يوجب زيادة في الارض وان كان لا يوجبها
لا ينقطع حق الرجوع وان كان يوجب في قطعة منها بان كانت الارض كبيرة بحيث لا يعد
مثله زيادة في الارض كلها امتنع الرجوع في تلك القطعة فقط كذا في الزيلعي وجعل في قاضيخان
الحسن من قبيل السمن حيث قال لو كان العبد نحيفا فسمن او قبيحا فحسن لا يرجع الواهب
ثم قال رجل وهب دارا فبنى فيها الموهوب له او جصصها او طينها او جعل فيها مغتسلا
او بنى في طائفة منها بناء او غرس شجرا فلا رجوع في شيء من ذلك عندنا وقال ابن ابي ليلى
له ان يرجع في جميع ذلك وهذا اذا كان البناء يعد زيادة عرفا وان كان لا يعد زيادة كالاري
في البيت والتنور في الكاشانة لا يمنع الرجوع وان كانت ثوبا فصبغ احمر او اصفر او خاط
لا يرجع الواهب للزيادة ولو قطع ولم يخط كان له ان يرجع واذا صبغ اسود قالوا عند ابي حنيفة
له ان يرجع وعند صاحبيه لا يرجع وقيل هذا اذا كان السواد لا يعد زيادة وان كان يعد زيادة
تزداد قيمته بذلك لا يرجع عند الكل واذا قصر الموهوب له الثوب الموهوب لا يرجع الواهب
بخلاف ما لو غسله لان القصارة زيادة متصلة لا الغسل وفي الاملاء له ان يرجع في القصارة
ايضا ولو نقط الموهوب له المصحف الموهوب لا يرجع الواهب وكذا الكتب لان النقط

زيادة لا المنفصلة كالولد من الحيوان او الجارية من نكاح كان او سفاح والارش والعقر فان الواهب يرجع في الاصل دون الزيادة لامكان الفصل حتى لو ولدت الامة الموهوبة في يد الموهوب له كان للواهب ان يرجع في الام في الحال دون الولد عند ابي ح ومحمد وقال ابو يوسف لا يرجع في الام حتى يستغني الولد عنها ثم يرجع بعد الاستغناء في الام دون الولد كذا في قاضيخان والبزازية وعن ابي ح ان الولادة يمنع الرجوع في الامة وطولب بالفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة في ان الزيادة المنفصلة يمنع الرد بالعيب في البيع دون الرجوع في الهبة والمتصلة بالعكس واجيب بان الرد في المنفصلة اما ان يرد على الاصل والزيادة جميعا او على الاصل وحده لا سبيل الى الاول لان الزيادة اما ان تكون مقصودة بالرد او بالتبعية والاول لا يصح لان العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثاني لان الولد بعد الانفصال لا يتبع الام لا محالة ولا الى الثاني ايضا لانه تبقى الزيادة في يد المشتري مجانا وهو ربا بخلاف الرجوع في الهبة فان الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له مجانا لم يفض الى الربا واما في المتصلة فلان الرد بالعيب انما هي ممن حصلت الزيادة على ملكه وهو المشتري فكان فيه اسقاط حقه برضاه فلا يكون الزيادة مانعة عنه بخلاف الرجوع في الهبة فان الرجوع ليس برضى من ذلك ولا باختياره فكانت مانعة

والميم موت احد العاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى ورثته وهو لم يستفيدوه من جهة الواهب فلا يرجع عليهم كما اذا انتقل اليهم في حال حياته ولان تبدل الملك كتبدل العين وبموت الواهب تبطل خياره لانه وصف له وهو لا يورث لعدم بقاء الاعراض فصار كخيار الرؤية والشرط على ما تقدم والعين العوض المضاف اليها اي الى الهبة وقت العقد لان العوض المسقط للرجوع وهو العوض المضاف الى الهبة وقت العقد واما العوض المتاخر عن وقت العقد فلا يسقط الرجوع ولو كان مضافا الى الهبة اذا قبض اي لا يرجع الواهب في هبة اذا قبض العوض واما قبل قبضه فله حق الرجوع بقي شرط العوض في الهبة هو القبض والافراز كما في نفس الهبة نحو خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها او في مكانها او قال كافاتك ونحوها

ونحوها والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي ما لم يعوض ولو وصلية كان اي العوض من اجنبي لان الموهوب له لا يحصل له بهذا شيء لم يكن سالما له من قبل بل هو لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي ايضا كما صح بدل الخلع والصلح عن دم العمد من الاجنبي بخلاف ما لو كان فيه دخول ملك لم يحصل قبله حيث لا يجوز من الاجنبي وقد تقدم في صلح الفضولي ثم الاجنبي هنا لا يرجع على الموهوب له وان كان بامره لانه لم يؤد هنا عنه واجبا عليه يرجع عليه لان العوض ليس بواجب على الموهوب له بخلاف قضاء الدين فان الاجنبي اذا قضى دينه بامره يرجع عليه لان الدين ثابت على المديون واجب في ذمته وفي امره بان يسقط مطالبته عنه فيكون امرا بان يملكه ما كان للطالب وهو الدين فصار كما لو امره ان يملكه عينا الا ان يقول الموهوب له للاجنبي عوض عني فلانا على اني ضامن لك فح يرجع الاجنبي عليه كما لو قال لغيره اطعم في كفارتي او قال اد زكوة مالي او قال هب لفلان عبدك هذا عني فان المامور في هذه الصور يرجع على الامر فيما اذا قال الامر على اني ضامن كذا في قاضيخان ثم يشترط ان يكون العوض معلوما لانه تمليك مبتدا وان لا يكون بعض الموهوب والا لا يجوز مثل ان يكون الموهوب دارا والعوض بيت منها او الموهوب الفا والعوض درهم منها فانه ح لا ينقطع حق الرجوع للواهب لعدم صحة التعويض كذا في قاضيخان والعناية وسياتي في الكتاب ايضا فلو لم يضف العوض الى الهبة فلكل من الواهب والموهوب له ان يرجع فيما وهبه لانه ح كان العوض هبة مبتداة لا عوضا عن الهبة الاولى والخاء الخروج عن ملك الموهوب له لان بالاخراج عن ملكه تبدل ملكه وتبدل الملك كتبدل العين فصار كعين اخرى ولان الاخراج عن ملكه وتمليكه لغيره حصل بتسليط الواهب فلا يتمكن من نقض ما تم من جهته والزاي الزوجية وقت الهبة فلو وهب ثم نكح لعدم الزوجية وقت الهبة لا اي لا يرجع لو وهب لزوجته ثم ابان لان مقصود كل منهما بالهبة للاخر الصلة والتوادد دون العوض كما في القرابة المحرمة وقد حصل المقصود فلا يرجع بعد حصول المقصود بخلاف

الهبة للاجنبي لان المقصود منها العوض فله الرجوع قبل حصول مقصوده والنكاح بعد
الهبة لا يكون عوضا حتى يمنع الرجوع ولو ابان زوجته ووهبت الزوجة مهرها الذي
في ذمة زوجها المطلق لزوجها لا يرجع ايضا وان لم توجد الزوجية وقت الهبة لان هبة
الدين ممن عليه الدين ابراء فلا يرجع لان هبة الدين لمن عليه الدين لا يصح الرجوع عنها كما في فتاوى
ابن نجيم والقاف القرابة فلا رجوع فيما وهب لذي رحم محرم لقوله صلى الله عليه وسلم
اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولان المقصود منها صلة الرحم وقد حصل
وفي الرجوع قطعة فلا يجوز سواء كان احدهما مسلما والاخر كافرا او كانا مسلمين او كافرين
كالعتق بالملك ولو وهب لعبد اخيه او لاخيه وهو عبد لاجنبي يرجع فيها عند ابح وقالا
لا يرجع في الاولى ويرجع في الثانية لان الملك يقع للمولى فكان المعتبر هو المولى وله ان الهبة
نفع للمولى من وجه وهو ملك الرقبة وللعبد من وجه وهو ملك اليد الا ترى انه احق به
ما لم يفضل عن حاجته فباعتبار احد الجانبين يلزم فيهما وباعتبار الجانب الاخر لا يلزم فيهما
فلا يلزم بالشك ولان الصلة قاصرة في حق كل واحد منهما والصلة الكاملة هي المانعة
من الرجوع فلا تعدى ولو كان كل من العبد ومولاه ذا رحم محرم من الواهب ذكر الكرخي عن
محمد ان قياس قول ابح ان يرجع لانه لم يكن لكل واحد منهما صلة كاملة وقال الهندواني
ليس له ان يرجع في قولهم لان الهبة لايهما وقعت يمنع الرجوع وقال في قاضيخان وهو الصحيح
معللا بان المقصود من هذه الهبة صلة الرحم في جانب العبد والمولى جميعا وقد حصل ثم
قال فيه وكذا لو كان العبد عما للواهب ومولاه اخا له فوهب شيئا للعبد قال محمد في قياس
قول ابح للواهب ان يرجع قال محمد وهذا قبيح ولو وهب لمكاتب وهو ذو رحم محرم منه فان
ادى الكتابة وعتق لا يرجع في قولهم لان الملك استقر له فيكون في حقه صلة من كل وجه
باعتبار العقد وحكمه وان عجز ورد الى الرق فعند محمد لا يرجع لان الكسب كان للمكاتب ثم انتقل
الى المولى عند العجز وانتقال الملك يمنع الرجوع وعند ابي يوسف يرجع لانه بالعجز يظهر ان
حقيقة الملك وقعت للمولى من وقت الهبة ولو كان المكاتب اجنبيا ومولاه قريب الواهب
فان عتق المكاتب رجع لان الملك وقع للاجنبي وان عجز فكذلك عند ابح بناء على اختلافهم

اختلافهم فيمن وهب لعبد اخيه على ما تقدم آنفا قوله ذي رحم محرم احتراز عن المحرم
بغير الرحم كالرضاع ونحوه فان الهبة منه لا يمنع الرجوع هذا كلها في الهبة الصحيحة وهل
يرجع في الهبة الفاسدة ففي العمادية اذا وهب هبة فاسدة لذي رحم محرم منه قال
له الرجوع سواء افاد الهبة الفاسدة الملك بالقبض او لا وبه يفتى والهاء هلاك الموهوب
ولو بالبيع والهبة ونحوها لان بالهلاك تعذر الرجوع اذ هو غير مضمون عليه والقول فيه
اي في الهلاك قول الموهوب له اي لو ادعى الموهوب له هلاك الهبة والواهب ينكره فالقول
قول الموهوب له من غير يمين على ما في قاضيخان وهذا لانه ينكر وجوب الرد عليه والواهب
يدعي وجوب الرد عليه حقيقة والاصل براءة الذمة فكان القول قول الموهوب له فكان يشبه
المودع في دعوى الهلاك على ما تقدم وفي الزيادة قول الواهب يعني لو ادعى الموهوب له
ان الموهوب زادة متصلة وانكره الواهب فالقول قول الواهب لان الموهوب له يدعي بطلان
حق الرجوع والواهب ينكره فالقول له اطلق في الزيادة وليس بمطلق لما في قاضيخان
رجل وهب لرجل جارية فاراد الواهب ان يرجع فيها فقال الموهوب له وهبتنيها صغيرة
فكبرت وازدادت خيرا وقال الواهب لا بل وهبتها لك كان القول للواهب وكذا في
كل زيادة متولدة واما في البناء والخياطة ونحوها كان القول قول الموهوب له هكذا ذكره
ثم قال رجل في يديه دار قال الرجل تصدقت بها علي واذنت لي في قبضها وقبضتها
وقال المتصدق قبضتها بغير اذني كان القول للمتصدق ولو قال الذي في يديه الدار
كانت في يدي فتصدقت علي بها وقال المتصدق لا بل كانت في يدي وقبضتها بغير
اذني كان القول قول المتصدق عليه ولو ادعى رجل عبدا في يد غيره وزعم انه كان وهبه
للذي في يديه وكان العبد غائبا عنهما فقبضه الموهوب له بغير اذنه وقال الموهوب له
وهبته لي وقبضته باذنك كان القول للموهوب له وان قال الموهوب له حين وهبته
لي كان في منزلك لا بحضرتنا فامرتني بقبضه فقبضته لا يصدق ولو قال المدعي وهبت لك
والدي ولم تقبضه الا بعد موته وقال الموهوب له قبضته في حياته فان كان العبد في
يد الذي يدعي القبض في حياته كان القول للوارث ولو اختلف الواهب والموهوب له

عند رجوع الواهب فقال الواهب كانت هبة وقال الموهوب له كانت صدقة ولا رجوع لك كان
القول قول الواهب وقال في التاتارخانية اذا اراد الواهب الرجوع في الهبة فقال الموهوب له
انا اخوك او قال عوضتك او انما تصدقت به علي وكذبه الواهب فالقول قول الواهب
استحسانا والقياس ان يكون القول قول الموهوب له وكذا القياس فيما اذا كانت الهبة جارية
فقال الموهوب له وهبتها لي وهي صغيرة فكبرت وازدادت خيرا فكذبه الواهب ان يكون
القول للموهوب له فالامام قاضيخان اخذ الاستحسان في المسئلتين ولو عوض فاستحق
نصف الهبة رجع الموهوب له بنصف العوض لانه لم يدفع اليه الا ليسلم له الموهوب
كله فاذا فات بعضه رجع بقدره كغيره من المعاوضات وان استحق نصف العوض لا يرجع
الواهب على الموهوب له بشيء من الهبة حتى يرد الواهب الى الموهوب له باقيه اي باقي العوض
خلافا لزفر اعتبارا له باستحقاق نصف الهبة قلنا ان العوض ليس ببدل عنه حقيقة لانه
تمليك عين بلا بدل ولانه يجوز ان يعوضه اقل من جنسه في المقدرات ولو كان معاوضة
لما جاز للرباء وانما اعطاه ليسقط عنه حق الرجوع وما بقي من العوض بعد الاستحقاق
تصلح لاسقاط الرجوع ولهذا لو عوضه هذا القدر ابتداء سقط به حق الرجوع الا انه
لم يرض بسقوط حقه الا بسلامة كل العوض له فاذا لم يسلم له كله كان له الخيار ان شاء
رضي بما بقي وان شاء رد الباقي ورجع في الهبة كلها بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا
في الهبة فانها تتم بيعا فيوزع البدل على المبدل فاذا استحق بعض العوض يرجع بما يقابله
من العوض كذا في الاسرار واعلم ان ما ذكره المص من قوله وان استحق نصفه لا يرجع بشيء حتى
يرد باقيه هو المذكور في الهداية والخلاصة لكنه قال في قاضيخان فان استحق نصف العوض
لا يرجع الواهب في شيء من الهبة ويبطل حق الواهب في الرجوع فان قال الواهب ارد ما بقي
من العوض وارجع في الهبة ليس له ذلك وعن ابي يوسف له ان يرجع ما بقي من العوض
ويرجع في الهبة ان شاء انتهى فظهر منه ان ما ذكره المص قول ابي يوسف وان استحق الكل
اي كل الهبة او كل العوض رجع بالكل فيهما اي في الهبة والعوض تفصيله ان الاستحقاق
اما ان وقع على الهبة او على العوض وكل وجه على وجهين فان استحق جميع العوض كان للواهب

للواهب ان يرجع في جميع الموهوب لان الهبة بقيت بلا عوض فصار كان لم يكن عوضه اصلا
وان استحق جميع الموهوب كان للموهوب له ان يرجع بجميع العوض لعدم سلامة
مقصوده له من العوض وهو تاكد ملكه في الموهوب هذا اذا كان بدل المستحق قائما وان كان
هالكا يفترق الجواب بين استحقاق العوض واستحقاق الموهوب فان استحق العوض
والموهوب هالك لا يرجع على الموهوب له اصلا لان هلاك الهبة مانع من الرجوع وان
استحق الموهوب والعوض هالك يرجع على الواهب بقيمة العوض ان كان من القيمي
وبمثله ان كان من المثلي لانه لم يسلم له مقصوده من العوض وحكم استحقاق البعض
من كل منهما مر آنفا وهل يرجع الواهب اذا وجد في العوض عيبا كما رجع في الاستحقاق ففي
قاضيخان اذا وجد الواهب في العوض عيبا لم يكن له ان يرجع في شيء من الهبة كان العيب
فاحشا او لم يكن فاحشا انتهى والوجه فيه ما ذكرناه في جواب زفر وهل يرجع اذا بطل
العوض ففي قاضيخان اذا وهب للصغير هبة فعوض الاب او الوصي [من مال الصبي] لا يجوز لانه تبرع واذا بطل
العوض كان للواهب ان يرجع في هبته كما في الاستحقاق انتهى ولو عوض عن نصفها اي نصف
الهبة فله اي للواهب ان يرجع عن هبته بما لم يعوض اي له الرجوع في النصف الاخر لان حقه
في الرجوع كان في الكل فاذا عوض عن بعضها امتنع الرجوع في ذلك البعض وبقي حقه في الباقي
على ما كان اطلقه فيشمل ما اذا كان الموهوب له واحدا او اثنين فانه اذا وهب رجل رجلا شيئا
وعوضه الموهوب عن نصف الموهوب فللواهب ان يرجع في النصف الباقي فان قيل النصف الباقي
شايع فكيف يصح الرجوع فيه قلنا شيوع النصف الباقي لا يمنع الرجوع على ما صرح به وفي
قاضيخان ويصح رجوعه في النصف الشايع وسيأتي في الكتاب ايضا وكذا لو وهب رجل
من رجلين عبدا مثلا فعوضه احدهما عن حصته كان للواهب ان يرجع في حصة الاخر
ولو شايعا كذا في قاضيخان ولو خرج نصفها اي نصف الهبة عن ملكه اي ملك الموهوب
له ببيع او هبة فله اي للواهب ان يرجع عن هبته بما لم يخرج لان المانع من الرجوع اعني
الهلاك لم يوجد الا في النصف الهالك لا الباقي فيرجع فيه ثم اذا عاد النصف الخارج
الى ملك الموهوب له فللواهب الرجوع في ذلك النصف ايضا والدليل عليه ما ذكره في قاضيخان

رجل وهب لرجل هبة فقبضها الموهوب له ووهبها لآخر وسلمها اليه ثم رجع الواهب
الثاني في هبته بقضاء او رضاء كان للواهب الاول ان يرجع في هبته ولا يصح الرجوع عن الهبة
فيما يصح الرجوع فيها اعني ما لا يوجد فيه شيء من الموانع المذكورة الا بتراض من الجانبين
او حكم قاض لان ملك الموهوب له يثبت في العين الموهوب فلا يخرج عن ملكه الا
بالرضاء او بالقضاء ولان الرجوع مختلف فيه بين العلماء لاختلاف الآثار فيه وان في اصله
وهاء وفي عدم حصول مقصوده ووجوده خفاء لانه يحتمل ان يكون غرضه العوض
الدنيوى فيثبت له حق الرجوع ويحتمل ان يكون غرضه الثواب او اظهار الجود فلا
يكون له حق الرجوع فلا بد من الفصل بالرضاء او القضاء والا فملك الموهوب له
ثابت في العين حتى ينفذ تصرفاته فيه من عتق وبيع وغير ذلك ولو كان بعد المرافعة
قبل الحكم بدون اتصال الحكم فلو كان الموهوب عبدا او امة او اعتق الموهوب له
او باعه بعد الرجوع اى رجوع الواهب قبل القضاء بالرد ولو بعد المرافعة عند القاضي
قبل اتصال القضاء به والتسليم هكذا وقع في عامة نسخ المصابيح كان عندنا والموجود
في غيره من الكتب والصواب اسقاطه لانه يوهم انه لو اعتق بعد الرجوع والقضاء قبل
التسليم الى الواهب نفذ عتقه مع انه لا ينفذ بعد القضاء سواء سلمه الى الواهب او لا لان
القضاء بالرد فسخ فلا يحتاج الى التسليم والقبض وكما لا يحتاج الرجوع بالقضاء الى التسليم
كذلك لا يحتاج الرجوع بالتراضي الى التسليم لكونه فسخا ايضا وحمل التسليم على معنى
التراضي بعيد نفذ عتقه وبيعه لعدم خروجه عن ملكه بدون القضاء او الرضاء بخلاف
ما لو اعتق الواهب بعد رجوعه قبل القضاء بالرد او الرضاء به فانه لا ينفذ لعدم
صحة رجوعه بدون القضاء او الرضاء حتى لو وهب ثوبا فسلمه اليه ثم اختلسه
منه فاستهلكه ضمن الواهب قيمة الثوب للموهوب له لانه اتلف ملكه بغير رضاه
ورجوعه لا يصح قبل القضاء او الرضاء كذا في قلنا سنجا وفيه ايضا مريض وهب له عبد
ثم رجع الواهب في الهبة فرده المريض برضاه بغير قضاء جاز ذلك من الثلث لانه
تملكه بالقبض ثم رضاه بالرد تبرع منه فيعتبر من الثلث فان كان الرد بقضاء يجوز

يجوز ولا شيء لورثته على الواهب لانه بمنزلة الاستحقاق بالبينة ولو منعه
اى منع الموهوب له الموهوب عن الواهب بعد الرجوع والطلب قبل القضاء
فهلك الموهوب عند الموهوب له قبل القضاء لا يضمن الموهوب له لقيام ملكه
فيه وكذا لا يضمن اذا هلك عنده بعد القضاء قبل المنع لان اول القبض غير مضمون
وهذا دوام عليه فلا يضمن واما لو منعه بعد القضاء والطلب فانه يضمن بالهلاك
لانه صار غاصبا كما لو اخذه الواهب بعد الرجوع من الموهوب له بغير رضاه
قبل القضاء فهلك فانه يضمن الواهب وقد تقدم من قبل وهو اى الرجوع في
الهبة مع احدهما اى مع واحد من القضاء او الرضاء فسخ من الاصل لا هبة من
الموهوب له للواهب وقال زفر الرجوع بالتراضي بمنزلة عقد جديد فيجعل بمنزلة
الهبة المبتداة لان الملك عاد اليه بتراضيهما فاشبه الرد بالعيب فانه اذا كان
بالقضاء كان فسخا واذا كان بالرضاء كان كالبيع المبتداء ولهذا لو رده في مرض موته
برضاه يعتبر من الثلث قلنا ان عقد الهبة انعقد موجبا حق الفسخ للواهب وهو
بالفسخ يكون مستوفيا لان العقد وقع غير لازم فاذا رفع رجع اليه عين ملكه
كالعارية فيكون فسخا في حق الكل فلا يمكن ان يجعل هبة مبتداء حتى لا يشترط فيه
قبض الواهب ويصح في الشايع بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان حقه فيه في وصف
السلامة لا في الفسخ ولهذا لو زال العيب امتنع الرد لوصول حقه اليه لكن اذا
لم يكن سليما له فات رضاه فيرجع بالعوض ويلزم منه فسخ العقد ضرورة
من غير ان يثبت حقه في الفسخ فاذا لم يكن له حق في الفسخ لم يصر مستوفيا
حقه فيكون ملكا مبتداء ضرورة غير انه اذا حكم القاضي بالرد عند عجزه عن
تسليم حقه جعلناه فسخا لعموم ولايته ولا كذلك المتعاقدان لانهما لا ولاية
لهما الا على نفسهما فقط وانما اعتبر رده في المرض من الثلث لان حق الورثة
تتعلق بجميع ماله فلا يقدر ان يبطله باختياره وان ابطله رده عليه كيف ما كان
استحسانا وفي القياس انه لا يرد كذا في الزيلعي نقلا عن ابن سماعة فلا يشترط قبضه

اي اذا كان فسخا لا يشترط قبض الواهب لان القبض انما يعتبر في انتقال الملك لا في عوده
الى مالكه والموجود هنا هو العود لا الانتقال على ما ذكرناه بخلاف ما لو تصدق على رجل بشيء
ثم استقال المتصدق عليه فاقاله المتصدق عليه لم يجز حتى يقبض المتصدق لانها
هبة مستقلة فيشترط فيه القبض وكذا اذا وهب لذي رحم محرم وكل شيء يفسخه القاضي
لو اختصما اليه كان الرجوع فيه بمنزلة الهبة المستقلة وكل شيء يفسخه القاضي
لو اختصما اليه فاقاله الموهوب له فهلك يهلك من مال الواهب وان لم يقبضه
فالاقالة فسخ حقيقة فالفسخ لا يحتاج الى القبض وصح اي الرجوع في المشاع القابل
للقسمة ولو كان هبة مبتداة لما صح فيه وان تلف الموهوب في يد الموهوب له فاستحق
فضمن الموهوب له لا يرجع على واهبه بما ضمن لان الهبة عقد تبرع وهو غير عامل له
فلا يستحق السلامة ولا يثبت به الغرور من جهته بخلاف الوديعة لان المودع عامل
له وبخلاف المعاوضات لان عقد المعاوضة يقتضي السلامة فيكون كل واحد ملتزما
لوصف السلامة بالاقدام على العقد فاذا لم يسلم له بقي مغرورا من جهته فيرجع بما
لحقه وفي العناية عن الذخيرة ان الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا
فان ضمن بعد الاستحقاق رجع على الواهب والهبة بشرط العوض مثل ان يقول
وهبتك هذا العبد على ان تهب هذا العبد لا ان يقول بالباء فانه يكون بيعا ابتداء وانتهاء
بالاجماع كذا في العناية هبة ابتداء فشرط القبض في العوضين حتى يصح الرجوع عنها
قبل قبض العوض ومنعها الشيوع القابل للقسمة والمراد الشيوع المقارن لان الشيوع
الطارئ لا يفسد الهبة الا في رواية عن ابي يوسف على ما تقدم في احدهما اي احد العوضين
بيع انتهاء فثبت الشفعة وخيار العيب والشرط والرؤية في كل منهما اي كل من كلا
العوضين وقال زفر والشافعي هو بيع ابتداء وانتهاء لانها بمعنى البيع وهو التمليك
بعوض والعبرة بالمعنى دون الالفاظ الا ترى ان الكفالة ببراءة الاصيل حوالة والحوالة
بشرط عدم البراءة كفالة وهبة الدين لمن عليه الدين ابراء وبيع العبد من نفسه اعتاق
وهبة المنفعة بالعوض اجارة والاعارة بعوض اجارة قلنا انه اشتمل على جهتين فيجمع

فيجمع بينهما ما امكن عملا بالدليلين فيكون ابتداؤه معتبرا باللفظ فيجري فيه احكام
الهبة وانتهاؤه معتبرا بمعناه فيجري فيه احكام البيع فصار كالهبة في المرض فان ظاهره
تمليك في الحال تبرعا ومعناه معنى الوصية لما فيه من ابطال ما تعلق به الورثة فيعتبر
ابتداؤه باللفظ حتى شرط فيه القبض ويبطل بالشيوع وانتهاؤه بمعناه حتى ينفذ
من الثلث بعد اخراج الدين لان الالفاظ لا يجوز الغاؤه مع امكان العمل بها وقد
امكن فيما نحن فيه بخلاف المسائل المستشهد بها فان العمل فيها بالمعنيين
غير ممكن للتضاد بين الحكمين فتعين الغاء اللفظ والعمل بالمعنى ترجيحا لجانب المعنى
واما فيما نحن فيه فلا تضاد بين حكميها لان حكم البيع قد يكون متراخيا باشتراط
الخيار لاحدهما فيكون موافقا لحكم الهبة من حيث تاخره الى القبض والهبة قد يكون
لازمة بانقطاع الرجوع بما مر من الموانع فيكون موافقا للبيع هذا اشار رحمه الله تعالى
بقوله بشرط العوض الى ما في الخلاصة والبزازية وغيرهما من ان تعليق الهبة بشرط
ملايم جائز لان العوض شرط ملايم بخلاف التعليق بشرط غير ملايم فانه
لا يجوز على ما سيصرح به في اول الفصل الآتي قال في الخلاصة تعليق الهبة بالشرط
باطل ان ذكر بكلمة ان وان ذكر بكلمة على ان كان ملايما بان شرط العوض صحت الهبة
والشرط وان كان الشرط مخالفا صحت الهبة وبطل الشرط فلان المراد بالشرط
ههنا هو الشرط بكلمة على ولم يذكر المص هبة المريض قالوا ان هبة المريض مرض
الموت هبة حقيقة حتى لو حلف لا تهب فوهب في مرض موته يحنث ولو حلف لا يوصي
لا يحنث بهبته في مرض موته وصية وحكما حتى يعتبرون الثلث عند عدم اجازة الورثة
قال في قاضيخان مريض وهب داره لانسان والدار لا يخرج من ثلث ماله فلم تجز
الورثة هبته فان الهبة تنقض في الثلثين وتبقى في الثلث وهل المعتبر اجازة الورثة
حال حياة المريض او بعد موته قلت بعد موته لما ذكره في العمادية المريضة اذا وهبت
مهرها من زوجها واجازت الورثة قبل موتها ثم ماتت لا تصح الهبة لان المعتبر
هو الاجازة بعد الموت لا قبله لان الحق للورثة انما يثبت بعد الموت انتهى ولا بد

مطلب هبة المريض صحيح

ان لا يتغير المرض الذي وجدت الهبة فيه بل يموت على ذلك المرض حتى لو اشتد ذلك المرض
وتغير حاله يعتبر ذلك مرضا آخر ويصح هبة التي وجد قبل التغير والاشتداد

فصل ومن وهب امة الا حملها او على ان يردها عليه او يعتقها
او يستولدها صحت الهبة وبطل الاستثناء والشرط لان الاستثناء لا يعمل الا في
محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا لانه بمنزلة اطراف الحيوان
لاتصاله به خلقة والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الحمل لا يصح
فكذا اذا استثنى فانقلب الاستثناء شرطا فاسدا لكونه مخالفا لمقتضى العقد والهبة
لا تبطل بالشروط الفاسدة ان ذكر بكلمة على كالصدقة والصلح عن دم العمد والطلاق
والخلع على ما ذكر في قبيل كتاب الصرف بل يبطل الشرط وتصح الهبة بخلاف البيع والاجارة
والرجعة وغيرها مما ذكر في ذلك المحل لانها تبطل بالشروط الفاسدة فتبطل فيها العقد
وبخلاف تعليق الهبة بشرط ملايم كشرط العوض فان الشرط والعقد صحيح على ما تقدم
فان قيل ما الفرق بين الحمل ونحوه وبين الصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع حيث
اذا وهب الصوف على الظهر وامره بجزه واللبن بحلبه وقبض الموهوب له فانه جائز
استحسانا على ما تقدم دون الحمل ونحوه اجيب بان ما في البطن ليس بمال اصلا
ولا يعلم وجوده حقيقة بخلاف الصوف واللبن وان اخراج الولد من البطن ليس
اليه فلا يمكن ان يجعل في ذلك نائبا عن الواهب بخلاف الجزاز في الصوف والحلب في اللبن
ثم انما بطل هذا الشرط لانه يخالف مقتضى العقد لان مقتضاه ثبوت الملك مطلقا
بخلاف الشرط الملايم لانه متعارف وانما لم تبطل الهبة لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
اجاز العمرى وابطل الشرط ونهى عن بيع وشرط وكذا اي صحت الهبة وبطل الشرط
لو وهب دارا على ان يرد عليه بعضها من ثلثها او نصفها او يعوض شيئا منها
لانه شرط فاسد لما ذكرناه هكذا وقع في الكنز واعترض عليه الزيلعي بانه ان اراد بقوله
او يعوض شيئا منها الهبة بشرط العوض فهو والعوض جائزان فلا يستقيم قوله
بطل الشرط وان اراد به ان يعوض شيئا من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه

لانه ذكره بقوله على ان يرد عليه بعضها انتهى والجواب ان المراد بقوله على ان يرد عليه
بعضها البعض المعلوم مثل الثلث او الربع وبقوله او يعوض شيئا منها البعض
المجهول من العين الموهوبة فلا تكرار لان التعويض من بعض العين الموهوبة فاسد
سواء كان بعضا معلوما او مجهولا لان العوض انما يصح اذا كان معلوما ولو دبر الحمل ثم وهبها فالهبة باطلة لان الحمل باق على ملكه فيكون من قبيل هبة المشاع
فلا يجوز بخلاف الاستثناء لانا ابطلناه على ما تقدم وجعلنا الحمل موهوبا
وههنا التدبير يمنع عن ذلك لاستلزامه بقاء ملكه فان قيل سلمنا انها هبة
مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة على ما تقدم اجيب بان غرضية الانفصال
في ثان الحال ثابتة لا محالة فانزل منفصلا في الحال فكان في منزلة ما يحتمل القسمة
بخلاف ما لو اعتقه اي الحمل ثم وهبها اي الام حيث جازت الهبة لانه لم يبق الجنين
على ملك الواهب لخروجه عنه بالاعتاق فلم يكن هبة مشاع فيكون جائزة قيل في
المسئلة روايتان في رواية لا تجوز الهبة والاعتاق والتدبير معا وقيل جازت
فيهما وقال في قاضيخان والصحيح الفرق بين الاعتاق والتدبير كما عرفه المص ومن
قال لمديونه اذا جاء غد فالدين لك او فانت بريء منه او اديت الي نصفه فالباقي
لك او فانت بريء منه فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه لارتداده بالرد
واسقاط من وجه لعدم توقفه على القبول وهبة الدين ممن عليه الدين ابراء لارتداده
بالرد وعدم توقفه على القبول فكان تمليكا من وجه اسقاطا من وجه والتعليق
بالشروط يختص بالتبرعات والاسقاطات المحضة التي نحلف بها اي تقبل التعليق
بالشرط كالطلاق والعتاق والقرض وهبة العين والصدقة ونحوها فلا يتعداها
الى ما فيه تمليك فان قيل قولهم هبة الدين ممن عليه الدين لا يتوقف على القبول
منقوض بدين الصرف والسلم فان رب الدين اذا ابرأ المديون منه او وهبه له
توقف على قبوله اجيب عنه بان توقفه على ذلك لا من حيث ان هبة الدين بل
من حيث انه يوجب انفساخ العقد بفوات القبض المستحق بعقد الصرف

مطلب هبة الدين وهبة البنت مهرها من ابيها هل يصح

واحد العاقدين لا ينفرد بفسخه فلهذا توقف على القبول كذا في العناية واعلم ان هبة الدين
اما لمن عليه الدين او لغير من عليه الدين والثانى لا يصح الا اذا وهبه وامره بقبضه فقبضه
جاز استحسانا وان لم يامره بقبضه لم يجز ولو امره بقبضه ولم يقبضه لم يستحكم
على ما في العمادى ومن هنا قال في الفتاوى لو وهبت البنت مهرها الذى في ذمة زوجها
من ابيها ان امرته بالقبض صحت والا لا وكذا لو وهبت امراة مهرها الذى في ذمة
زوجها من ولدها الصغير الذى من هذا الزوج لا تصح على الصحيح الا اذا امرت ولدها
وسلطته على القبض فح يصح لانها هبة لغير من عليه الدين فلا بد من التسليط بالقبض
وهل للاب والابن قبض ذلك المهر من الزوج بعد الهبة لهما والتسليط على القبض
من الزوج قلت هذا واقعة الفتوى والذى يقتضيه ظاهر اطلاق قولهم ان امرته بالقبض
صحت الهبة ان يكون له حق المطالبة والقبض لان المتبادر من الصحة هو الصحة تاما
وذلك يقتضى جواز المطالبة بالقبض عقيب الهبة والتسليط على القبض والذى يقتضيه
قولهم الدين المؤجل لا يطالب قبل حلول الاجل انه لا يجوز له حق المطالبة والقبض الا
بعد موت الزوج او تطليقه بائنا لان المهر المؤجل لا تطالب الا بعد الموت او الطلاق
لانه مؤجل بهما لكن لقائل ان يقول ان هذا الاجل صحيح عرفا كما صرح في مهر القنية والبزازية
وجهالة وقت الموت والطلاق تتحمل فلا يقبضه قبل حلول الاجل فيصير كانه وهبه
حين قبضه والاول اى هبة الدين لمن عليه الدين صحيح قياسا واستحسانا وكذا الابراء
منه صحيح قياسا واستحسانا اتفاقا واختلفوا في الفرق بين هبة الدين ممن عليه
الدين وبين الابراء منه منهم من لم يفرق بينهما اصلا ومنهم من فرق بينهما
ووجه من لم يفرق ان كلا منهما ابراء ذمة المديون ووجه من فرق ان الهبة تمليك
لا اسقاط والابراء اسقاط والتمليك ليس عين الاسقاط وان استلزمه ثم اختلفوا
في اشتراط القبول فمنهم من قال ان هبة الدين ممن عليه الدين لا تتم من غير قبول
من المديون والابراء يتم بدونه لان الهبة تمليك فلا يتم الا بالقبول لانه الزام الملك
المالك والابراء اسقاط فلا حاجة الى القبول اذ ليس فيه الزام شئ وعن زفر انه

انه سوى بينهما وقال يتم الهبة والابراء بدون القبول وهو اختيار شمس الائمة وعليه
عامة المشايخ على ما في الواقعات وعلى كلا القولين انه يرتد بالرد وهل يشترط لصحة
الرد مجلس الابراء والهبة ام لا يشترط قيل نعم وقيل لا وقد ذكرناه في باب اليمين
في الضرب والقتل من كتاب الايمان فارجع اليه فان قيل قد ذكرت ان الابراء يرتد بالرد
وهذا مخالف لما ذكره في الخلاصة لو قال الغريم للدائن ابرانى عمالك على فقال قد ابراتك
من دينى عليك فقال لا اقبل فهو برئ فانه يدل على ان الابراء لا يرتد بالرد قلنا ان قوله
لا اقبل رد بعد القبول فلا يعتبر فانه لما طلب منه الابراء فقد قبله ثم لا يقبل رده

مطلب قبول المديون ليس بشرط في جواز هبة الدين

ومما يدل على ان قبول المديون ليس بشرط في جواز هبة الدين منه ما ذكره قاضيخان
رجل مات فوهبت امراته مهرها منه صحت هبتها وبرئ الزوج لان الدين لا يسقط
بالموت وقبول المديون ليس بشرط لجواز الهبة فصحت وهل لورثته رد هذه
الهبة والذى ظهر من البزازية ان لهم ذلك عند ابح وابى يوسف خلافا لمحمد حيث
قال غريم الميت وهب الدين من الوارث صحت لانها ممن عليه الدين حكما ولو رد
الوارث الهبة يرتد بالرد خلافا لمحمد وقيل لا خلاف هنا والخلاف فيما لو وهبه
للميت فرده الوارث انتهى ثم قال فيها ولو وهب لبعض الورثة فالهبة لكلهم

مطلب تعليق الهبة بالشرط باطل كما قالت لزوجها وهبت مهرى ان لم تطلقنى

ولو ابرأ الوارث صح ايضا ثم اعلم ان تعليق الهبة بالشرط سواء كان الموهوب غنيا
او دنيا باطل مطلقا ان ذكر الشرط بكلمة ان لانه تعليق على خطر الوجود وهو
ينافى التمليك وان ذكر بكلمة على فان كان ملائما فجائز لان كلمة على للعوض فيكون
من قبيل التعليق بالعوض والهبة بشرط العوض جائز ولان المذكور بعلى تقييد
لا تعليق وان لم يكن ملائما لا يجوز ويتفرع عليه ما ذكره في الذخيرة البرهانية
اذا وهبت المرأة لزوجها ضيعة على ان يمسكها ولا يطلقها فامسكها زمانا
ثم طلقها بعد ذلك فان شرطت للامساك وترك الطلاق وقتا موقتا فطلقها
قبل مضى الوقت فالهبة باطلة وان لم تشترط للامساك وقتا معينا فالهبة
ماضية على الصحة وقال في قاضيخان امرأة قالت لزوجها وهبت مهرى منك

على ان كل امرأة تتزوجها تجعل امرها بيدي فان لم يقبل الزوج ذلك بطلت الهبة
وان قبل ذلك في المجلس جازت الهبة ثم ان فعل الزوج ذلك فالهبة ماضية وان
لم يفعل فكذلك عند البعض كمن اعتق امته على ان لا يتزوج فقبلت عتقت تزوجت
او لم تتزوج ثم قال امرأة قالت لزوجها وهبت مهري ان لم تظلمني فقبل ذلك ثم
ظلمها بعد ذلك قال ابو بكر الاسكاف وابو القاسم الصفار الهبة فاسدة لانها تعليق
الهبة بالشرط بخلاف ما لو قالت وهبت منك مهري على ان تظلمني فقبل صحت
الهبة لان هذا تعليق الهبة بالقبول فاذا قبل تمت الهبة فلا يعود المهر بعد ذلك
وهو نظير ما لو قال لامرأته انت طالق ان دخلت الدار لا تطلق ما لم تدخل ولو قال
انت طالق على دخولك الدار فقالت قبلت وقع الطلاق وقال محمد بن مقاتل في مسئلة
الظلم مهرها عليه على حاله اذا ظلمها لان المرأة لم ترض بالهبة الا بهذا الشرط فاذا
فات الشرط فات الرضاء اما الطلاق فالرضاء فيه ليس بشرط والدليل على هذا
ما ذكر في كتاب الحج اذا تركت المرأة مهرها على الزوج على ان يحج لها فقبل الزوج ذلك
ولم يحج لها كان المهر عليه على حاله والفتوى على هذا القول قال مولانا رضي الله عنه
ويمكن الفرق بين مسئلة الحج وبين مسئلة الظلم بان في مسئلة الحج لما شرطت الحج لها
فقد شرطت نفقة الحج عليه فيكون هذا بمنزلة الهبة بشرط العوض فاذا لم يحصل
العوض لا يتم الهبة اما في مسئلة الظلم شرطت عليه ترك الظلم وترك الظلم لا يصلح
عوضا قال واذا ضربها انما يسقط المهر اذا ضربها بغير حق اما اذا ضربها للتأديب
مستحق عليها لا يعود المهر لان ما كان حقا لا يكون ظلما امرأة وهبت مهرها من زوجها
ليعطيها في كل حول ثوبا مرتين وقبل الزوج ذلك فمضى حولان ولم يعط قال محمد
ابن الفضل ان كان ذلك شرطا في الهبة فمهرها عليه على حاله لان هذا بمنزلة
الهبة بشرط العوض فاذا لم يحصل العوض لا يصح الهبة وان لم يكن ذلك شرطا
في الهبة سقط مهرها ولا يعود ذلك وكذا لو وهبت مهرها على ان يحسن
اليها ولم يحسن كانت الهبة باطلة ويكون بمنزلة الهبة بشرط العوض امرأة

امرأة وهبت مهرها من زوجها على ان يمسكها ولا يطلقها فقبل الزوج ذلك ثم طلقها
قال محمد بن الفضل ان لم يكن وقت الامساك وقتا موقتا لا يعود مهرها على زوجها وان
وقت وقتا فطلقها قبل ذلك الوقت كان المهر عليه على حاله فقيل له ان لم يوقت
لذلك وقتا كان قصدها ان يمسكها ما عاش قال نعم الا ان العبرة لاطلاق اللفظ
وقال حلف اذا وهبت امرأة زوجها من زوجها على ان لا يطلقها وقبل الزوج ذلك
صحت الهبة طلقها الزوج او لم يطلقها لان ترك الطلاق لا يكون عوضا فبقيت
هذه هبة بشرط فاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وذكر في النوازل اذا قالت
المرأة لزوجها تركت مهري عليك على ان يجعل امري بيدي ففعل الزوج ذلك قال مهرها
عليه كما كان ما لم تطلق نفسها قال في فتاوى الانقروي نقلا عن المجتبى لو منعها الزوج
من ابويها وقال لو وهبت لي مهرك نبعثك اليهما فوهبت له بعض مهرها فبعثها
او لم يبعثها فالهبة باطلة لانها كالمكرهة وهبة المكره باطلة وقال الشيخ خير الدين
يؤخذ منه جواب حادثة الفتوى وهي ان البكر البالغ يمنعها اخوتها التي هي في بيتهم
عن الدخول بزوجها حتى تهبهم او تبيعهم حصتها من ابيها في الارث واشهد
لهم والجواب في مثل ذلك انها كالمكرهة في ذلك ثم قال نقلا عن الفقيه ابي جعفر من
منع امرأته المريضة عن المسير الى ابويها الا ان تهب مهرها فوهبت بعض مهرها
فالهبة باطلة لانها كالمكرهة ثم قال ويؤخذ من هذا جواب حادثة الفتوى وهي ما لو
زوج ابنته البكر من رجل فلما ارادت ان تخرج من بيته الى زوجها منعها الاب الا ان
تشهد عليها انها استوفت منه ما تعرف فيه من ميراث امها فاقرت بذلك ثم اذن
لها في الخروج فان الظاهر ان الحكم فيه عدم صحة الاقرار لكونها في معنى المكرهة لما ذكر
من المنع وبه افتى شيخ الاسلام ابو السعود والعمادي المرأة المطلقة اذا ارادت ان
يتزوجها الذي طلقها فقال لها المطلق لا اتزوجك حتى تهبني ما لك علي من المهر
فوهبت مهرها الذي عليه على ان يتزوجها ثم ابى ان يتزوجها قالوا مهرها عليه على حاله
تزوجها او لم يتزوجها لانها جعلت المال على نفسها عوضا عن النكاح وفي النكاح العوض

لا يكون على المرأة امرأة تقول لزوجها انك تغيب عني كثيرا فان مكثت معي ولا تغيب فقد وهبت
منك الحائط الذي في مكان كذا فمكث معها زمانا ثم طلقها قالوا هذه المسئلة على خمسة
اوجه ان كان كلاما على مواعدة منها لا هبة للحال لا يكون الحائط للزوج لان بالوعد لا يملك وان كانت
وهبت منه وسلمت اليه والزوج وعدها ان يمكث معها يكون الحائط للزوج لانها وهبت للحال
ولم يعلقها بشرط وانما شرطت عليه شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والوجه
الثالث ان يقول المرأة وهبت منك الحائط ان مكثت معي فقبل الزوج ذلك كانت باطلة لانها
علقت الهبة بالشرط والهبة لا يحتمل التعليق بالشرط والوجه الرابع ان تقول المرأة وهبت
منك على ان تمكث معي قال ابو القاسم لا يكون الحائط للزوج وعلى ما قال محمد بن مقاتل ونصير فيما
تقدم انفا لا يكون للزوج والاعتماد على ما قالا لانها ما رضيت الا بهذا الشرط والوجه الخامس ان تصالح
المرأة زوجها على ان تمكث معها على ان يكون الحائط هبة للزوج لا يكون الحائط للزوج كما في الوجه
الرابع والصلح باطل رجل وهب لرجل ارضا وسلمها اليه وشرط ان ينفق الموهوب له على الواهب
من الخارج كانت الهبة فاسدة لانه شرط على الموهوب له عوضا مجهولا لان الخارج من الارض
مما املكه فيكون له فلا يصلح عوضا فيكون العوض مجهولا فيكون مفسدا بخلاف ما اذا كانت
الهبة كرما وشرط ان ينفق الموهوب له على الواهب من ثمرته قال ثمة تصح الهبة ويبطل الشرط
لان الواهب شرط على الموهوب له رد بعض الهبة على الواهب فيكون الشرط فاسدا
والهبة لا يبطل بالشرط الفاسد بل يبطل الشرط وتصح الهبة لو قال المديون ان لم تقض مالي
عليك من دين حتى تموت فانت في حل وبرئ فهو باطل لانه تعليق والبراءة لا يحتمل التعليق
ولو قال المديونه اذا مت بضم التاء فانت في حل وبرئ فهو جائز لان هذه وصية لا ابراء بخلاف
ما لو قال لمديونه اذا مت بفتح التاء فانت برئ من ذلك الدين حيث لا يبرأ لانه مخاطرة
وتعليق كقوله ان دخلت الدار فانت برئ مما لي عليك لا يبرأ وكذا لو قالت المرأة لزوجها
المريض اذا مت بفتح التاء من مرضك هذا فانت في حل من مهري او قالت فمهري عليك صدقة
فهو باطل لانه تعليق ومخاطرة وكذا لو قالت المرأة المريضة لزوجها ان مت بضم التاء من
مرضي هذا فمهري عليك صدقة او فانت في حل من مهري فماتت من ذلك المرض كان مهرها على

مطلب قال المديون ان لم تقض مالي عليك من دين حتى تموت فانت في حل فهو باطل

على زوجها كما كان لان هذه مخاطرة فلا تصح هذه الجملة في كتاب الهبة من قاضيخان فدل
هذه المسائل ان تعليق الابراء من الدين وتعليق هبة الدين بشرط ملايم بكلمة على جائز
وقد صرح به في البحر قبيل كتاب الصرف على ما ذكرها ثمة ففي قوله رحمه الله ان اديت الي نصفه
اشارة الى انه لو قال وهبت لك نصفه على ان تؤدي نصفه الباقي وقبله المديون جاز والعمرى
جائزة للمعمر له اي للموهوب له حال حياته ولورثته بعده لما روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم
اجاز العمرى وابطل الشرط وهي اي العمرى ان يجعل داره له مدة عمره فاذا مات ترد الى
والرقبى باطلة عند ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف تصح كالعمرى وهي اي الرقبى ان يقول ان مت قبلي
انا قبلك فلك ذلك وان مت انت قبلي فلي هذا تفسير الرقبى على قول ابي ح ومحمد لهما
ما رواه احمد والنسائي ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز العمرى ومنع الرقبى ولان معنى العمرى
هو التمليك في الحال ويجعلها عمره له ثم ان مات يرجع فصح التمليك وبطل الشرط لان الهبة
لا تبطل بالشرط الفاسد بل يبطل الشرط ومعنى الرقبى ان يملكها بعد موته فيكون الرقبى
تمليكا مضافا الى زمان المستقبل وهو من الارتقاب بمعنى الانتظار كانه ينتظر موته فلا يصح
لعدم التمليك في الحال ولابي يوسف ان الرقبى تمليك للحال واشتراط الرد في المال كالعمرى
فيجوز فليس بينهما نزاع في الحقيقة بل النزاع لفظي بناء على تفسيرها فمن فسرها بالتمليك
الحالي اجازها ومن فسرها بالتمليك الاستقبالي منعها كذا في الزيلعي والصدقة كالهبة
لا تصح بدون القبض لقوله صلى الله عليه وسلم لا تجوز الصدقة الا مقبوضة ولانها تبرع
كالهبة فلا يتم بدون القبض ولا في مشاع يقسم لان الشيوع فيما يقسم يمنع تمام القبض
المشروط ولا رجوع فيها ولو لغني لان المقصود منها هو الثواب وقد حصل فصارت
كهبة عوض عنها لكن القياس في الصدقة على غني صحة الرجوع لان الغرض ثمة هو حصول
العوض لا الثواب ووجه الاستحسان ان الصدقة على الغني قد يراد بها الثواب ايضا
ولا في الهبة لفقير لان المقصود منها هو الثواب وقد حصل وتفصيل ما يتعلق بالصدقة
مذكور في فصل الرقة من آخر كتاب الهبة من قاضيخان وذكر فيه احكام الصدقة وقال
اختلفوا في التصدق على سائل المسجد قالوا لا ينبغي ان يتصدق على السائل في المسجد

مطلب العمرى جائز والرقبى باطلة

مطلب الصدقة كالهبة لا تصح بدون القبض

ولو قال جميع مالي او ما املكه لفلان فهو هبة لان مملوكه انما يكون ملكا لغيره بالتمليك والهبة ادناه قال في اقرار قاضيخان لو قال جميع مالي او جميع ما املكه لفلان فهو هبة لا يجوز الا بالتسليم ولا يجبر على ذلك ولو قال جميع ما في بيتي لفلان كان اقرارا وكذا لو قال جميع ما يعرف مني او جميع ما ينسب الي فهو لفلان يكون اقرارا هكذا ذكره في كتاب الاقرار نقلا عن الاسكاف ثم ذكر في كتاب الهبة وجه الفرق بينهما وقال لان في الوجه الاول صرح باضافة الملك الى نفسه ثم اضاف الى فلان ومثله يكون هبة وفي الوجه الثاني لم يصرح بملك نفسه لان ما في البيت وما يعرف منه وينسب اليه لا يستلزم الملك لانه قد يكون لغيره ومثل هذا لا يكون هبة لان الهبة تستدعي سابقة الملك يقينا وقال في الخلاصة من كتاب الاقرار رجل قال جميع ما في يدي فهو لفلان فهذا اقرار لا هبة والوجه فيه ايضا ما ذكر ويشكل هذا الفرق بما ذكره في اقرار قاضيخان جميع ما في بيتي بعته من فلان جاز البيع ولو قال جميع ما املكه بعته من فلان لا يقتضي جهالة المبيع جهالة فاحشة بخلاف قوله جميع ما في بيتي وان قال ما ينسب الي او يعرف بي فاقرار والوجه ما ذكرناه انفا

كتاب الاجارة

قال في المصباح اجرت الدار على افعلت وانا موجر ولا يقال مواجر فهو خطأ ثم قال اجرت الدار والعبد من افعل لا من فاعل ومنهم من يقول اجرت الدار على فاعل فهو مواجر ثم قال ويستعمل الاجارة بمعنى الاجر وبمعنى الاجرة وتمام تفصيله في المغرب والمصباح هي بيع منفعة معلومة والمراد بالمنفعة منفعة مقصودة من العين حتى لو لم يكن مقصودة منها كانت الاجارة فاسدة كمن استأجر دارا لا يسكنها بل ليظن الناس انها له او عبدا لا يستخدمه ويظن الناس انه له او ثوبا لا يلبسه ويظن الناس انه له الى غير ذلك كذا في البحر بعوض معلوم دين كان العوض بان كان باحد النقدين او عين بان كان بغير النقدين من العبيد والعروض والحيوان ولا ينعقد الا بايجاب وقبول وهذا التعريف مشتمل على شرطها وهو كون الطرفين اي البدل والمنفعة معلوما لان جهالتهما يفضي الى المنازعة فيفسدها العقد وعلى حكمها ايضا وهو وقوع الملك في البدلين لانه مقتضى عقد البيع الا انه انما يقع هنا ساعة فساعة لان المعقود عليه وهو المنافع معدوم حين

حين العقد والقياس ان لا يجوز لانه بيع المعدوم الا انها اجيزت لضرورة شدة الحاجة اليها فتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع والعين المستأجرة اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول حتى لو اضاف العقد الى المنفعة وقال بعت منفعة هذه الدار شهرا بكذا او بعت سكناها لا يجوز وكذا اذا قال اجرتك منفعة هذه الدار شهرا بكذا لا يجوز عند بعض المشايخ وقال الامام خواهرزاده اذا اضاف الاجارة الى المنفعة يجوز وانما لا يجوز اذا اضاف البيع الى المنفعة وعمله يظهر في البدلين ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة على حسب انعقاده لا قبل وجودها بمجرد العقد فالملك في المنفعة وبدلها اي الاجرة يقع ساعة فساعة وكذا استحقاقهما هذا ولو عطف قوله او نفع لكان اولى فان الاجارة بالمنفعة جائزة ايضا اذا كانت جنس المنفعة مختلفة كسكنى دار بخدمة عبد بخلاف ما اذا كان جنس المنفعة منفعة كسكنى دار بسكنى دار فانها لا يجوز ثم ان كان العوض احد النقدين فالشرط فيه بيان القدر ويقع ذلك على نقد البلد وان كانت نقود البلد مختلفة يقع على الغالب منها وان كانت الغلبة مختلفة فالاجارة فاسدة ما لم يبين نقدا منها فان بين جاز وان كان العوض كيليا او وزنيا او عدديا متقاربا فالشرط فيه بيان القدر والصفة ومكان الايفاء فيما يحتاج الى بيان مكان الايفاء وذلك اذا كان له حمل ومؤنة وان لم يكن له حمل ومؤنة فلا يحتاج الى بيان مكان الايفاء هذا عند ابي حنيفة رح وعند صاحبيه بيان مكان الايفاء ليس بشرط مطلقا ولا يحتاج في الكيلي والوزني والعددي الى بيان الاجل فان بين الاجل جاز ويثبت وان كان العوض ثيابا او عروضا فالشرط فيه بيان القدر والاجل والصفة لانها لا تثبت دينا في الذمة الا من جهة السلم فكان لثبوته اصل واحد وهو السلم فلا يجوز الا على شرائط السلم بخلاف الكيلي والوزني لان لثبوتهما اصلين القرض والسلم والاجل في القرض ليس بشرط فان بين جاز كما في السلم وان لم يبين جاز ايضا كما في القرض وان كان العوض حيوانا يشترط فيه ان يكون معينا وان كان منفعة يشترط ان يكون خلاف الجنس حتى لا يجوز عند اتحاد الجنس كايجار دار بدار للسكنى ودابة بدابة للركوب هذا بيان

معلومية العوض وأما المنفعة فبيانها ببيان الوقت اي الاجل وببيان المكان كذا في
البزازية وغاية البيان وركنها الايجاب والقبول لكنها لا ينعقد بلفظ البيع والشراء
حتى لو قال بعت منك خدمة هذا العبد شهراً بكذا لم تصح اجارة وكذا لو قال
اشتريت خدمة عبدك هذا شهراً بكذا لم تصح اجارة وهل يكون باطلا او ينعقد اجارة
فاسدة ففيه اختلفت عباراتهم ففي المحيط لو قال بعت منك خدمة هذا الغلام
شهرا بكذا كان باطلا وعلله بان البيع وضع لتمليك الاعيان دون المنافع وقال في البزازية
لو قال اشتريت خدمة عبدك شهرا بكذا فاجارة فاسدة بعت منك منافع هذه
الدار شهرا بكذا ان الاجارة فاسدة لعدم المنافع والمعدوم ليس بمحل للبيع وذكر
شيخ الاسلام فيه خلافا بين المشايخ وقال الحواذا قال بعت نفسي منك شهرا
بكذا فاجارة فاسدة وعن الكرخي كذلك ثم رجع وقال ينعقد انتهى ما في البزازية وقال قبل هذا
ان الاجارة تنعقد بقوله اعرتك ووهبتك وما صلح ثمنا في البيع كالدراهم والدنانير
والفلوس النافقة والمكيل والموزون صلح اجرة في الاجارة لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر
بثمن المبيع وليس كل ما لا يصلح ثمنا لا يصلح اجرة لان بعض ما لا يصلح ثمنا كالاعيان التي هي
ليست من ذوات الامثال كالحيوان والثياب مثلا اذا كانت معينة صلح اجرة كما اذا استأجر
دارا بثوب معين وان كان لا يصلح ثمنا كذا قيل ونوقض ببيع المقايضة فالاولى ان يعمل بالمنفعة
فانها تصلح اجرة اذا اختلف جنس المنفعة كما ذكرناه ولا يصلح ثمنا اصلا لان الثمن يجب ان يملك
بنفس العقد والمنفعة معدومة وقت العقد فلا يملك بنفس العقد واما الاجرة
تجوز ان لا يكون مملوكة بنفس العقد بل بالتعجيل او باستيفاء المعقود عليه او التمكن منه
على ما سيأتي فيجوز ان تكون المنفعة اجرة ولهذا صلح ان تكون المنفعة مهرا في النكاح لانه
ليس من شرط الامهار ان يكون المسمى مملوكا بنفس العقد حتى لو سمى عبد الغير صح
فكذا هذا وتفسد الاجارة بالشروط الفاسدة اي التي لا يقتضيها العقد كما يفسد
البيع لانها بمنزلته ولهذا تفسد بجهالة احد البدلين وبجهالة المدة ايضا واذا فسد
يجب اجر المثل بالغا ما بلغ او الاقل من اجر المثل والمسمى على ما اختلف فيه وسيأتي

وسيأتي بيانه في اول الاجارة الفاسدة وتثبت فيها خيار الشرط والرؤية بعد العقد
والعيب وتقال وتفسخ لانها بمنزلة البيع على ما تقدم فيجري فيها ما يجري في البيع
من الاحكام لان المنافع تقوم بالعقد وتصير مالا فتعتبر الاجارة معاوضة مالية
اقتصر على الخيارات الثلاث وتثبت فيها خياران اخران كما قال في العمادية اما
الخيارات التي تثبت في العقود التي يحتمل الفسخ كالبيع والاجارة والقسمة والصلح
عن مال على انواع منها خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب وخيار التعيين
وخيار تفرق المعقود عليه بهلاك البعض قبل القبض والاستحقاق ثم قال ومن
استأجر دارا شهرا بكذا على انه بالخيار ثلاثة ايام جاز كما في البيع فلو فسخ في اليوم
الثالث بحكم الخيار هل يجب على المستأجر اجر يومين افتى صاحب المحيط انه لا يجب
لانه لا يتمكن من الاستيفاء بحكم الخيار لانه لو انتفع يبطل خياره وتفصيل هذا في
الفصل الخامس والعشرين من العمادية والمنفعة لما ذكر ان المنفعة لا بد وان يكون
معلومة شرع في بيان ما يعلم به المنفعة فقال تعرف تارة ببيان المدة شهرا وسنة
او اكثر لان المدة اذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة فيها معلوما ايضا اذا كانت
المنفعة لا تتفاوت بان سمى ما يزرع في الارض لان ما يزرع فيها متفاوت فلا بد
من التسمية به حتى لا يفضي الى المنازعة كالسكنى والزراعة اي كاستيجار الدار للسكنى
واستيجار الارض للزراعة سنة مثلا فيصح العقد مدة معلومة اي مدة كانت
اي طويلة كانت المدة او قصيرة اذا كانت بحيث يعيش اليها العاقدان لان الحاجة
التي جوزت الاجارة لها قد تمس الى تلك المدة وهي مدة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة
فتصح كالاجل في البيع واما اذا كانت بحيث لا يعيش اليها احد المتعاقدين فمنعه
بعضهم لان الظاهر في ذلك عدم البقاء الى تلك المدة والظاهر مثل التيقن في حق الاحكام
فصارت الاجارة مؤبدة معنى والتأبيد يبطلها لافضائه الى تملك العين وجوزه
الاخرون منهم الخصاف لان العبرة في هذا الباب لصيغة كلام العاقدين وانه يقتضي
التوقيت ولا معتبر بموت العاقدين او احدهما قبل انتهاء المدة لانه قد يتحقق في مدة

يعيش اليها الانسان غالبا ولم يعتبر كما اذا تزوج امرأة الى مائة سنة فانه متعة ولم
يجعل بمنزلة التابيد حتى يصح النكاح ويخرج عن المتعة وان كان لا يعيش الى هذه المدة
غالبا وجعل ذلك متعة اعتبارا للصيغة كذا في العناية والظاهر منه ان الاجارة الطويلة
في مدة طويلة يعيش اليها الانسان غالبا صحيحة بالاتفاق وانما الخلاف فيما لا يعيش
اليها الانسان غالبا والمذكور في فتاوى قاضيخان والخلاصة والبزازية ان الاجارة الطويلة
استخرجها الامام محمد بن الفضل البخاري فقبلها البعض وردها البعض ولم يقيدوها بما
لا يعيش اليها الانسان حيث قالوا ان الاجارة الطويلة على وجهين احدهما انه اذا اراد
ان يواجر الكرم اجارة طويلة او الارض وفيها زرع يبيع الاشجار والزرع باصولها من
الذي تريد الاستيجار بثمن معلوم ويسلم ثم يواجر منه الارض مدة معلومة ثلاث
سنين او اكثر غير ثلاثة ايام من اخر كل سنة او كل ستة اشهر من كل سنة بمال معلوم
على ان يكون اجر كل سنة من السنين سوى الايام المستثناة منها كذا من ذلك الاجر
وبقية الاجرة يكون بمقابلة السنة الاخيرة وان يكون لكل واحد منهما ولاية فسخ
الاجارة في ايام الخيار ثلاثة ايام من آخر كل سنة والوجه الثاني ان يدفع الاشجار
والزرع الذي في الارض معاملة الى الذي يريد الاجارة على ان يكون الخارج بينهما على مائة
اسهم سهم منها للدافع والباقي للعامل ثم يوكل العامل في صرف نصيبه من الخارج
فيما احب ثم يواجر منه الارض مدة معلومة على نحو ما قلنا من غير ان يكون احد العقدين
شرطا في الآخر وبعض مشايخ بخارى انكروا الوجه الاول وقالوا بيع الاشجار وبيع الزرع
ليس ببيع رغبة بل هو في معنى التلجئة ولهذا لا يكون للمستاجر ان يقطع الاشجار
وعند فسخ الاجارة ينفسخ البيع من غير فسخ وبيع التلجئة لا يزيل المبيع من ملك
البايع وان اتصل بالقبض وبقاء الاشجار والزرع على ملك البايع يمنع الاجارة في الارض
وبعضهم جوزوا طريق البيع ايضا وقالوا ليس هذا بيع التلجئة بل هو بيع رغبة
لانهما لما قصدا تصحيح الاجارة ولا صحة للاجارة مع بيع التلجئة فقد قصدوا بيع
الرغبة ويجوز ان يكون الاشجار مملوكة للمشتري ولا تملك قطعها لتعلق حق الغير

الغير به كالراهن لا يملك قطع اشجار الرهن وان كان يملكها لتعلق حق الغير به وقال
بعضهم ان باع الاشجار والزرع بثمن المثل او اكثر يكون رغبة والا فلا وهذا ليس بصحيح
ايضا فان الانسان قد يبيع ماله بثمن قليل عند مساس الحاجة وذكر الطحاوي اذا باع
الاشجار واجر الارض جاز شرط ان يبيع الاشجار بطريقها الى الباب انه كان لها طريق
والا ينبغي ان يبين للاشجار طريقا معلوما في الارض حتى لو لم يبين لا يجوز وقال ظهير
الدين الاجارة بطريق بيع الاشجار باطلة كما ذهب اليه بعض المشايخ ثم من جوز

مطلب جواز الاجارة الطويلة عند البعض

الاجارة الطويلة اختلفوا في انها عقد واحد او عقود متعددة استدل من قال انها
عقود متعددة بانها لو جعلت عقدا واحدا وفيها شرط الخيار ثلاثة ايام في كل سنة او في
كل ستة اشهر تزيد مدة الخيار على ثلاثة ايام في عقد واحد وذلك فاسد في قول ابي حنيفة واستدل
من قال بانها عقد واحد بانها لو جعلت عقودا متعددة لكانت الاجارة في السنة الثانية
والثالثة مضافة الى وقت في المستقبل وفي الاجارة المضافة الاجر لا يملك بالتعجيل ولا
باشتراط التعجيل هذا ما ذكروه وهل يجري الاجارة الطويلة في الارض والدار الخالية عن الزرع والكروم
وقد ذكرها
الامام السرخسي في المحيط حيث قال الاجارة الطويلة التي يفعلها الناس في بعض البلاد
وهي انهم يواجرون الارض والدار ثلثين سنة متوالية غير ثلاثة ايام من اخر كل سنة
على ان كل واحد منهما بالخيار في ثلاثة ايام من اخر كل سنة ويجوز لكل سنة من تسعة
وعشرين سنة اجرا قليلا وبقية الاجر للسنة الاخيرة ثم قيل هذه الاجارة لا يجوز عند
ابي حنيفة لانها اجارة واحدة يشترط فيها الخيار اكثر من ثلاثة ايام وهذا يفسد الاجارة
كما يفسد البيع والصحيح انها تجوز بالاجماع لان هذا ليس شرط الخيار في الاجارة بل هذا استثناء
ثلاثة ايام في اخر كل شهر من الاجارة على ان هذه الايام لم يدخل في هذه الاجارة ولم يثبت
حكم الاجارة في هذه الايام وهذا لا تفسد الاجارة كما لو اجر هذه الدار عشر سنين
الا السنة الثانية او الثالثة جاز فكذا هذا انتهى وهذا يؤيد ما ذكره في العناية وهل

مطلب الاجارة الطويلة هل يجري في الوقف

تنعقد الاجارة بالتعاطي مثل البيع ففي الخلاصة والبزازية لا تنعقد الاجارة الطويلة
بالتعاطي وتنعقد غيرها ثم ما ذكر من الاجارة الطويلة يجري في الملك واما في الوقف

فلا على المختار واليه اشار بقوله وفي الوقف يتبع شرط الواقف فان شرط يعمل بشرطه

فان لم يشترط شيئا من المدة في الاجارة فالفتوى ان لا يزاد في الاراضي على ثلاث سنين

كيلا يدعي المستاجر الملك في الوقف ولانه مضر في الوقف وفي غيرها اي غير الاراضي من الدور

والمنازل على سنة كما ذكرناه وقد ذكرنا في كتاب الوقف ما يتعلق باجارة الوقف ولنذكر هنا

بعض ما بقي قال في الخلاصة المتولي اذا اجر دار الوقف اكثر من سنة ان كان الواقف شرط

ان لا يواجر اكثر من سنة لا يجوز وان لم يشترط شيئا جاز مقدار سنة الى ثلاث سنين

على اختيار الفقيه ابي الليث وقال الامام ابو حفص الكبير في الضياع يجوز قدر ثلاث سنين

وفي غير الضياع لا يجوز اكثر من سنة وقال السغدي لا ينبغي ان يفعل ذلك ولو فعل صحت

الاجارة وفي البزازية اذا اراد ان يصح بالاجماع يرفعه بعد الاجارة باكثر من ثلاث سنين

الى الحاكم فيحكم بجوازه فيجوز على قول الكل ان وجدت شرائط الحكم وقال في قاضيخان

اذا آجر ارض اليتيم او استاجر لليتيم ارضا بمال اليتيم اجارة طويلة رسمية ثلاث سنين

لا يجوز ذلك وكذلك الاب الصغير ومتولي الوقف لان الرسم في الاجارة الطويلة ان يجعل

شيء يسير من مال الاجارة بمقابلة السنين الماضية ومعظم المال بمقابلة السنة الاخيرة

على ما عرفت انفا فان كانت الاجارة لارض اليتيم او الوقف لا تصح في السنين الاولى لانها

يكون باقل من اجر المثل وان استاجرها لليتيم والوقف بمالهما ففي السنة الاخيرة يكون

باكثر من اجر المثل فاذا فسدت الاجارة في البعض فسدت في الكل على قول من يجعل الاجارة

الطويلة عقدا واحدا سواء كان خيرا لليتيم والوقف اولا وعلى قول من يجعلها عقودا

متعددة تصح الاجارة فيما كان خيرا لليتيم والوقف لا فيما كان شرا والظاهر هو الفساد

في الكل ثم قال وطريق تصحيح الاجارة الطويلة في ارض اليتيم والوقف ان يواجر بمال معلوم

ويجعل اجر السنين كلها مقدار اجر المثل ثم ان الوصي ومتولي الوقف يبرأ المستاجر

عن السنين الاولى فيصح ذلك على قول ابي ح ومحمد وفي الخلاصة وان اتصل به حكم

حاكم تصير متفقا عليه وذكر في المحيط ان كتب الاجارة الطويلة على الوقف في ثلاث

سنين باجر المثل وابرأ الاجر المستاجر عن الاجر وحكم حاكم بجواز ذلك يجوز لانه

لانه مجتهد فيه وكذا لو حط واعترض عليه بانه لا وجه لتصحيح هذا العقد اي الاجارة الطويلة

اصلا لانا لو جعلناه عقدا واحدا على ما اختاره البعض يلزم ثبوت الخيار في العقد

اكثر من ثلاثة ايام لان فيها شرط الخيار ثلاثة ايام في آخر كل سنة او في آخر كل ستة

اشهر على ما تقدم ولو جعلنا عقودا متعددة على ما اختاره البعض يصير شارطا

في كل عقد ثلاثة ايام من آخر كل سنة او ستة اشهر وعلى قول ابي ح من اشترى

شيئا على انه بالخيار ثلاثة ايام بعد شهر يكون له الخيار من اول شهر الى آخره على

ما صرح به في قاضيخان فيزيد الخيار على ثلاثة ايام ايضا في كل عقد اجيب عنه بانا

لا نثبت الخيار في الايام الثلاثة من آخر كل سنة او ستة اشهر بل نجعل ثلاثة ايام من

آخر كل سنة مستثناة عن العقد ويكتب غير ثلاثة ايام من كل سنة حتى لو كتب في الصك

على ان لكل منهما الخيار في الايام الثلاثة من آخر كل سنة فسد العقد كذا في قاضيخان

وقد تقدم مثله في المحيط وباقي مسئلة اجارة الوقف ذكرناها في كتاب الوقف

وتارة تعلم بذكر العمل اي بتسميته في العقد فتصير المنفعة معلومة بنفس العقد

كصبغ الثوب وخياطته وحمل قدر معلوم على دابة مسافة معلومة لانه اذا بين

المصبوغ والصبغ وقدر ما يصبغ به وجنس الخياطة والمخيط والقدر المحمول على

الدابة والمسافة صارت المنفعة معلومة بلا شبهة وكذا ببيان من يركب على

الدابة صارت المنفعة معلومة بلا شبهة فيصح العقد كذا في الزيلعي ثم قال فيه

ايضا ومن هذا النوع الاجارة على العمل كاستيجار القصار ونحوه يعني ان الامثلة

المذكورة في الكتاب واستيجار القصار ونحوه من نوع واحد اعني مما يعرف المنفعة

فيه بنفس العقد اي بتسمية العمل فيه وان لم يبين المدة واعلم ان صاحب الهداية

والزيلعي والمص جعلوا استيجار الدابة للحمل والركوب من قبيل الاستيجار على العمل

فيشترط فيه بيان العمل لا المدة لكنه قال في غاية البيان نقلا من التحفة الاجارة نوعان

مطلب الاجارة على المنافع

اجارة على المنافع واجارة على الاعمال فلكل نوع شروط واحكام واما الاجارة على المنافع

فكاجارة الدور والمنازل والحوانيت والضياع وعبيد الخدمة والدواب للركوب والحمل

والثياب والحلى للبس والاوانى والظروف للاستعمال فالعقد فى ذلك كله جائز وشرط
جوازه ان يكون لعين المستاجر معلوما والاجرة معلومة والمدة معلومة يوما او شهرا
او سنة لانه عقد معاوضة كالبيع الا ان المعقود عليه ههنا المنافع فلا بد من اعلامها
بالمدة والعين الذى عقد عليه الاجارة على منافعه كما شرط فى البيع اعلام المبيع والثمن
واما الاجارة على الاعمال فكاستيجار الاسكاف والقصار والصباغ وسائر من يشترط
عليه العمل فى سائر الاعمال من نحو تحميل الاشياء من موضع الى موضع وهو نوعان استيجار
الاجير المشترك والاجير الخاص الذى سمى اجير الواحد ايضا فالاجير المشترك هو الذى
يتقبل الاعمال من الناس كالصباغ والقصار ونحوهما واجير الواحد هو الذى يعمل
للواحد مدة معلومة وتارة بالاشارة كنقل هذا المتاع الى موضع كذا لانه اذا علم المتاع
المنقول والمكان المنقول اليه صارت المنفعة معلومة ايضا فيصح العقد واعلم ان المص
ذكر ما يعلم به المنفعة ولم يذكر ما يعلم به العوض اقتداء لصاحب الهداية والقدورى وقد
ذكرناه فى اول الباب فارجع اليه ثم شرع فى بيان ما يستحق به الاجرة فقال والاجرة
لا تستحق بالعقد سواء كانت عينا او نقدا او نفعا لانها لا تملك بنفس العقد وما
لا يملك لا يستحق ايفاؤه فان قيل ان الابراء عن الاجرة والهبة من المستاجر والارتهان
عنها والكفالة بها صحيحة بالاتفاق ولو لا ملك لها لما صحت هذه التصرفات قلنا صحة
الابراء عنها على قول الامام وابى يوسف ممنوع لعدم وجوبه فى الحال وجوزه محمد لكون
العقد سببا فى وجوب الاجرة اذ اللفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد فى جانب
المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة فى الاجرة فظهر الانعقاد فى حقها وصح الابراء
عنها لوجوده بعد السبب كالابراء عن القصاص بعد وجود سببه وهو الجرح والرهن والكفالة
انما جاز للوثيقة فلا يشترط فيه حقيقة الوجوب ومن هنا ظهر ضعف ما ذكره
صاحب النهاية حيث قال معنى قول صاحب الهداية الاجرة لا تجب بالعقد لا يجب تسليمها
واداؤها بمجرد العقد ووجه الضعف ان نفى وجوب التسليم لا يستلزم نفى التملك
فان المبيع يملكه المشترى بمجرد العقد ولا يجب تسليمها ما لم يقبض الثمن بل بالتعجيل

مطلب الاجارة على الاعمال

بالتعجيل او بشرطه اى بشرط التعجيل وهذا فى الاجارة المطلقة لا فى المضافة الى وقت
مستقبل لا يستحق بالتعجيل ولا بشرط التعجيل على ما صرح به فى فصل الاجارة الطويلة
من قاضيخان وقد ذكرناه من قبل اعلم ان الاجرة اما معجلة بالفعل او مشروط تعجيلها
او مؤجلة او منجمة او مسكوت عنها فان كانت معجلة بالفعل فان لم ينتقض الاجارة
فيها وان انتقضت كان له بحساب ما استوفى من المنفعة ويرد الباقى على المستاجر
وان كانت مشروطة تعجيلها له ان يطالبه بها وان كانت مؤجلة ليس له ان
يطالبه ما لم يمض الاجل وان كانت منجمة فاذا مضى نجم يجب عليه اذا مضى نجم
واحد وان كانت مسكوتا عنها فعند الامام اولا لا يطالبه ما لم يستوف المنفعة
كلها وفى قوله الآخر وهو قولهما يطالبه عند مضى كل يوم هكذا فى الخلاصة
والبزازية فعلى هذا معنى قول المص يستحق الاجرة بالتعجيل او بشرطه او
بالاستيفاء انه يستحق قبضها وتصرفها بالتعجيل وطلبها بالفعل بشرط
التعجيل وبعد مضى الاجل والنجم بشرط التاجيل والتنجيم او طلبها بعد استيفاء
المنفعة او التمكين من الاستيفاء ففى كلامه نظر وتامل فان قيل اشتراط التعجيل
شرط يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد العاقدين فيكون فاسدا فيفسد العقد
به قلنا ان مخالفته لمقتضى العقد من حيث كونه اجارة وجواز اشتراط التعجيل
ليس باعتبار كونه اجارة بل باعتبار كونه عقد معاوضة وباعتباره لا يخالف
مقتضاه فان تعجيل البدل واشتراط تعجيله لا يخالفه من حيث المعاوضة وكذا اشتراط
التاجيل والتنجيم او باستيفاء المعقود عليه وهى المنفعة او التمكن منه اى من استيفا
بتسليم العين المستاجرة فى المدة بلا مانع من الاستيفاء هذا فى الاجارة الصحيحة
لا فى الفاسدة لان الاجرة فى الفاسدة لا تجب بالتمكن منه ولا بالتعجيل او شرطه بل انما
يجب بحقيقة الاستيفاء اذا وجد التسليم اليه من جهة الاجارة وان كان التسليم اليه لا من
جهة الاجارة لا تجب الاجرة ايضا وان وجد حقيقة الاستيفاء واذا كان عجل الاجرة فى
الاجارة الفاسدة فللمستاجر حق الحبس لاستيفاء ما عجله من الاجرة واذا مات

الموجر فالمستاجر احق باجرته كذا في مسائل الشيوع من اجارات البزازية وهذا عندنا
وقال الشافعي يستحق بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم العين المستاجرة
بدون شيء من المعاني الاربعة المذكورة لانها عقد معاوضة يثبت الملك في البدلين
بنفس العقد بناء على ان المنفعة المعدومة جعلت موجودة حكما عنده لان من شرط
جواز العقد كون المعقود عليه موجودا مقدور التسليم ولو حكما والشارع جعل
المعدوم حقيقة موجودا حكما كما جعل النطفة في الرحم كالحي حكما في حق بعض الاحكام
من الوصية والارث ويدل على انه كالموجود جواز الاستيجار بالدين ولو كان معدوما
لما جاز لانه يصير دينا بدين وهو حرام شرعا قلنا ان هذا عقد معاوضة فتقتضي المساواة
بينهما وذلك بتقابل البدلين في الملك والتسليم واحد البدلين وهو المنفعة لم يصر مملوكة
بنفس العقد لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم فكذا في البدل الاخر ولو ملك الاجرة
لملكها بغير بدل وهو ليس من قضية المعاوضة فتاخر الملك فيه ضرورة تحقيق
المساوات بينهما فاذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الاجرة ايضا تحقيقا
للمساوات وان عجلها او شرط تعجيلها فقد التزم بنفسه وابطل المساوات التي
اقتضاها العقد فيصح بخلاف الاجارة المضافة الى زمان مستقبل بشرط تعجيل
الاجرة فان الشرط فيه باطل ولا يلزمه في الحال شيء لان امتناع وجوب الاجرة فيه
ليس بمقتضى العقد بالتصريح بالاضافة الى وقت مستقبل والمضاف الى وقت
لا يكون موجودا قبل ذلك الوقت فلا يتغير هذا المعنى بالشرط وفيما نحن فيه انما
يجب الاجر لاقتضاء العقد المساوات وليس بمضاف صريحا فيبطل ذلك المعنى بالتصريح
على خلافه نظيره ان الثمن في البيع يجب في الحال بنفس العقد ولا يجب تسليم المبيع حتى
يسلم الثمن تحقيقا للمساوات على ما تقدم ثم اذا كان الثمن مؤجلا يجب تسليم المبيع
في الحال لانه تاخر بالقصد صريحا وجواز العقد ليس باعتبار ان المعدوم جعل موجودا
كما زعمه الشافعي لان الموجود من المنفعة لا يقبل العقد لعدم القدرة على تسليمها لانها
عرض لا يبقى زمانين حتى يقدر على تسليمه فلا يكون محلا للعقد بل باعتبار اقامة

اقامة العين المستاجرة مقام المنفعة في حق صحة الايجاب والقبول وفي حق وجوب التسليم
اذ ما يمكن تسليمه هو العين الباقية لا العرض الغير الباقية فانعقد العقد في حق
العين في الحال حتى وجب تسليمها في الحال وانعقد في حق المنفعة مضافا الى المستقبل
اعني وقت حدوثها لان افضى ما يتصور العقد على المنفعة على حسب وجودها شيئا
فشيئا وهذا معنى قولهم ان عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها على
حسب حدوث المنافع وانما جاز الاستيجار بالدين لان العقد لم ينعقد في حق المنفعة
فلم تصر المنفعة دينا في ذمته فلا يجب بدلها ايضا عند انعقاد العقد فيها وهو زمان
حدوثها لتصير هي مقبوضة فلا يكون دينا بدين اصلا ولو كان العقد منعقدا
للمنفعة لما جازت الاجارة بالدين المؤجل اصلا كما لا يجوز التسلم به فيجب تفريع
على قوله او التمكن منه اي يجب الاجرة على المستاجر لو قبض الدار المستاجرة في مدة الاجارة
اذ لو قبضها بعد مدة الاجارة لا تجب الاجرة ولو لم يسكنها حتى مضت المدة اي مدة الاجارة
اذ لا مانع من جهة الموجر والتفريط من جهة المستاجر لان الواجب على الموجر تسليم العين
المستاجرة لا تسليم المنفعة لانه غير متصور لعدم وجودها وعدم بقائها بعد ما وجد
فاذا وجد تسليم العين في المكان الذي وجد العقد فيه في المدة فارغة عن متاعه ولم يكن ثمة
مانع من الموجر او من العين من علة او عرض بها او من اجنبي وجد تمام القبض فيجب الاجر وهو
المدار والحاصل ان ههنا قيودا اربعة لوجوب الاجرة الاول التمكن من الاستيفاء بان
يسلمها فارغة عن متاعه خالية عن الموانع حتى لو لم يتمكن منه لا يجب الاجرة الثاني
ان يكون التمكن من الاستيفاء في المدة حتى لو تمكن في غير المدة لا يجب الاجر ايضا الثالث
ان يكون الاجارة صحيحة حتى لو كانت فاسدة لا تجب الاجرة بالتمكن من الاستيفاء في
المدة وقد ذكرناه من قبل الرابع التمكن من الاستيفاء في المدة في الموضع الذي وجد فيه
العقد حتى لو استاجر دابة للركوب فحبسها المستاجر في منزله ولم يركبها حتى مضت
مدة الاجارة فان استاجرها للركوب خارج المصر لا يجب لعدم تمكنه من الاستيفاء
في المكان الذي اضيف اليه العقد فان ذهب بالدابة الى ذلك المكان في اليوم ولم يركب

لان تسليم العين قائم مقام تسليم النفع [illegible] لحفظه لو استاجر دابة ليركبها [illegible] ولم يركب ومضى الوقت وجب الاجر لانه [illegible] لحفظه بدون عذره

يجب الاجر وان ذهب بها خارج المصر بعد مضي المدة ولم يركب لا يجب الاجر وان استأجر ثوبا
ليلبسه كل يوم بدانق فوضعه في بيته ولم يلبسه فمضى سنون كان عليه لكل يوم
دانق في الوقت الذي يعلم انه لو لبسه لا يتخرق فاذا مضى وقت يعلم انه لو لبسه يتخرق
سقط عنه الاجر لانه بعدما مضى ذلك الزمان لا يمكن جعل الثوب منتفعا به تقديرا فسقط
عنه الاجر كامرأة اذا اخذت الكسوة من الزوج ولم تلبس ولبست ثوب نفسها اذا مضى
وقت لو لبسته لبسا معتادا يتخرق كان لها ولاية المطالبة بكسوة اخرى والا فلا كذا في الخلاصة
وقاضيخان وهل يلزم تسليم المستاجر الى المؤجر بعد تمام المدة قالوا يجب تسليمه في مكان الاجارة
وهل يلزم الاجر بتسليم المفتاح الى المستاجر ففي قاضيخان رجل آجر دارا فدفع المفتاح
الى المستاجر وقال خذ فاخذه ثم جاء المستاجر بعد ما مضت مدة الاجارة لم يقدر
على فتح الدار ولم اسكن وقال رب الدار بل قدرت وسكنت قالوا ان كان دفع اليه
مفتاحا لذلك الغلق كان القول قول صاحب الدار فله اجر داره وان لم يكن مفتاحا
لذلك الغلق كان القول قول المستاجر ولا اجر عليه وان كان المفتاح مفتاح ذلك الغلق
فضل المفتاح اياما ثم وجده كان عليه اجر ما مضى لانه صح تسليم الدار اليه وانه لم يسكن
الدار لتقصير كان من قبله انتهى وهكذا ذكره في البزازية ايضا وذكر فيها ايضا قبل هذه
المسئلة ان قال له المالك دونك المنزل فاسكنه الا انه لم يفتح الباب فقال المستاجر بعد
المدة لم اسكنه ان قدر على الفتح بلا مؤنة يلزمه الاجر والا فلا وكسر الغلق ليس بشيء
حتى لا يكون للآجر ان يحتج ويقول هلا كسرت الغلق ودخلت المنزل وكذا يلزم الاجر اذا
اجر دارا وسلمها فارغة الا بيتا كان مشغولا بمتاع المالك او سلم كل الدار ثم نزع شيئا منها
من يده لكنه رفع الاجر بحصته وقال في القنية تسليم المفتاح في المصر مع التخلية بينه وبين
الدار تسليم للدار حتى تجب الاجرة بمضي المدة وان لم تسكن وتسليم المفتاح في السواد
ليس بتسليم للدار وان حضر المصر والمفتاح في يده انتهى وقال في البزازية استاجر دوابا
الى سمرقند من خوارزم يكفي لوجوب الاجرة تسليم الدواب ولا يؤمر رب الدابة بارسال
الغلام معها وذكر محمد انه يؤمر بارسال الغلام معها وذكر شيخ الاسلام انه يخير

مطلب تسليم المفتاح مع التخلية تسليم للدار

لانه تسلم المحل للانتفاع به ففي غصب بقدر فوات مدته فسقط الاجر بقدره كلا او بعضا

يخير ولا يجبر وتسقط الاجرة بالغصب بقدر فوت التمكن حتى لو غصب في جميع
المدة تسقط تمام الاجرة ولو غصب في بعضها تسقط بحسابها لزوال التمكن من
الانتفاع وهل تنفسخ الاجارة بالغصب في الباقي ام لا قال صاحب الهداية انها تنفسخ
وقال القاضي فخر الدين والفضلي انها لا تنفسخ كذا في الزيلعي وقال في القنية الغاصب
اذا بعد المستاجر عن الدار في المدة او في بعضها لا تسقط الاجر ولو استاجر دارا فنزلها
غاصب مدة سقط حصتها ان لم يمكن اخراجه الا بانفاق مال فان امكن بالشفاعة
او الحماية لا يسقط فظهر منه ان بمجرد تبعيد الغاصب المستاجر لا يتحقق الغصب
ما لم يسكن هو بنفسه قال في مسائل الشيوع من اجارة البزازية الوكيل بالاستيجار
استاجر الدار للموكل وتسلم ولم يسلمها الى الموكل وسكنها بنفسه قال ابو يوسف
لا اجر عليه وقال محمد على الموكل لان قبض الوكيل كقبضه فوقع قبض الوكيل والا للموكل
وصار الوكيل بالسكنى غاصبا فلا يجب عليه وفيه نظر لان الدار اذا غصب من المستاجر
يسقط عنه الاجر انتهى كلام البزازية كانه يريد توجيه قول ابي يوسف انه لا اجر على الموكل
بل على الوكيل وهل يرجع الوكيل على الموكل بعد الاداء ام لا يرجع ذكر في فصل التوكيل
بالاجارة من البزازية انه لا يرجع على الموكل بالاجرة على الصحيح استحسانا لان الوكيل
بالحبس صار غاصبا الدار من الموكل والغصب من غير المالك متصور فصار كغصب
الاجنبي وقيل انه يرجع على الموكل وبه جزم في المحيط السرخسي نقلا عن الجامع
حيث قال فيه الوكيل بالاستيجار استاجر الدار وقبض ومنع الآمر حتى انقضت المدة
فالاجر على الوكيل ويرجع به على الموكل كما في الشراء لان الوكيل بالاستيجار كالوكيل
بالشراء يثبت حقوق العقد له ويجب عليه ولا يكون المنفعة بالقبض والمنع مضمونة
عليه لان اتلافها وقبضها لا يتصور والوكيل بالشراء لو حبس المبيع من موكله وليس
له حق الحبس بان كان اشتراه بثمن مؤجل وهلك في يده كان الثمن على الوكيل لانه
نائب عنه في القبض فلا يسقط الاجر عن الموكل متى تلفت المنافع في يد الوكيل بعدما
حبس عن الموكل لان هلاك المعقود عليه بعد قبض الآمر فالآمر لا يسقط عنه البدل ولهذا

لو انهدم شيء من الدار بسكنى الوكيل لا يضمن لا يمكن ان يجعل الوكيل بالسكنى غاصبا
للدار من صاحب الدار وله حق القبض ولا يمنع الآمر من الانتفاع كما لو منع المالك عن ماله
حتى ضاع لا يصير غاصبا وان استأجر الوكيل بشرط تعجيل الاجرة لزم المستأجر ولم
يرجع على الآمر لان له حق المنع والحبس بالاجرة اذا كانت الاجرة معجلة لحق العقد
انتهى كلام المحيط وهكذا ذكره في اواخر فصل الاجارة الطويلة من قاضيخان وقال
في القنية الآجر اذا منع المستأجر عن سكنى الدار التي اجرها بعد التسليم لا يسقط
الاجر اذا كان المستأجر ماطل الاجر في اداء الغلة فاخذ الآجر المفتاح ليدفع الغلة فبقي
مغلقا شهرا لا يسقط حصته لانه كان متمكنا من الانتفاع بواسطة اداء الغلة
وكذا اذا استأجر مشط الحائك يعمل في محاكة الوقف فاخذ المتولي رهنا لاستيفاء
الغلة شهرا لا يسقط حصته الاجر منه ثم آجر داره وسلمها ثم وقعت فتنة وشغل
بينا منها بامتعة سقط حصته من الاجر لفقد تسليم المنفعة ثم قال فيها رامزا الى مج
استأجر رحا مع الدار للطحن فمنعه الجيران بفتوى الائمة او بالقضاء لا يسقط
عنه الاجر ما لم يمنع حسا اسد ارقود الحمام فلا ينتفع به وهي في يد المستأجر سقط
اجرة هذه المدة ولا تبقى الاجارة اذا لم ينتفع بها انتفاع الحمام وقيل يجب الاجر بقدر
ما ينتفع بها او ربط الدواب انتهى وقال في الثالث من اجارات البزازية استأجر
منزلا مقفلا فاعطى المفتاح للمستأجر وقال افتحه فاعطى شيئا للحداد ففتحه لا يرجع
به على الموجر ويلزمه الاجرة وان انكسر القفل بعلاج الحداد ضمنه الحداد الا ان يكون
علاجا خفيفا لا ينكسر به القفل عادة وان انكسر بعلاج المستأجر لا يضمن ان كان يعالج
بمثله عادة ولرب الدار والارض طلب الاجرة لكل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة
الا ان يبين وقت الاستحقاق بالعقد فح ليس له المطالبة قبل ذلك الوقت لانه بمنزلة
شرط التأجيل والتأجيل يسقط استحقاق المطالبة قبله فكذا ما هو بمنزلته ولرب
الدابة لكل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود كسكنى يوم وكان ابو ح يقول اولا
لا يجب الاجر في الكل حتى يستوفي جميع المنفعة بانقضاء المدة وانتهاء السفر وهو

[Margin: ط لان المستأجر يملك المنفعة شيئا فشيئا الا ان المطالبة في كل لحظة تتعسر فكان لكل ما فيه من يوم له طلب حسابه ولرب الدابة الطلب لكل مرحلة هذا عند الاطلاق وعدم الشرط فان شرط التأخير الى آخر المدة وجب لانه من التأجيل في المعاوضة]

[Margin: لكل يوم — مطلب ولرب الدار والارض طلب الاجرة]

وهو قول زفر لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزاء تلك
الجملة كما في المبيع فانه ما لم يسلم جميعه لا يستحق قبض الثمن وصار كما اذا كان المعقود عليه
هو العمل كالخياطة فان الخياط لا يستحق شيئا من الاجرة ما لم يتم العمل على ما سيأتي
ثم رجع عنه وقال له طلب الاجرة لكل يوم ولكل مرحلة لان القياس اقتضى استحقاق
الاجر ساعة فساعة تحقيقا للمساوات بين البدلين على ما مر الا ان المطالبة
في كل ساعة يفضي الى ان لا يتفرغ لغيرها فيتضرر به بل يفضي الى عدمها فان
المستأجر لم يتمكن ح من الانتفاع بامر من جهة الموجر فيمتنع الانتفاع من جهته
فيمتنع المطالبة ايضا فما يفضي وجوده الى عدمه فهو منتف فالمطالبة في كل
ساعة منتف فقدرناها باليوم والمرحلة تسهيلا والقصار والخياط بعد
الفراغ من عمله وان وصليته عمل في بيت المستأجر لان المعقود عليه هو العمل
في كل الثوب والعمل في بعضه غير منتفع به وغير المنتفع به لا يستوجب
الاجر ولو كان ثوبان ففرغ من احدهما جاز ان يطلب اجرته لانه منتفع به
كذا في العناية واعلم ان ما ذكره المص في هذه المسئلة هو مختار صاحب الهداية
وقال في النهاية هذا وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من مبسوط شيخ الاسلام
والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشي والفوائد
الظهيرية وذكر عن كل واحد من هذه الكتب نقلا يدل على ان من استأجر خياطا
يخيط له في بيت المستأجر فله الاجر بقدر ما خاط لوجود التسليم الى صاحبه
لكونه في بيته ونقل عن الذخيرة يجب على الموجر ايفاء الاجر بقدر ما استوفى من
المنفعة اذا كان له حصة معلومة من الاجر كما في الجمال وبان الدار ثم قال ولكن نقل من
التجريد ان الحكم قد ذكر فيه كما ذكره صاحب الهداية فيحتمل ان صاحب الهداية
اتبع صاحب التجريد في هذا الحكم وقال في العناية ان كلام صاحب الذخيرة على ما
نقله في النهاية يدل على ان استحقاق بعض الاجرة انما هو اذا كان له حصة معلومة
وذلك انما يكون اذا عينا لكل جزء من الكم والذيل حصة معلومة وح يكون

[Margin: لان عقده وارد على الاوصاف منفعة معلومة والصنعة في يده فلا يستحق الا بعد تمام العمل بتسليم العين]

كل جزء بمنزلة ثوب على حدة باجرة معلومة فيستوجب اجره كما في كل الثوب والخباز
بعد اخراج الخبز من التنور لانه قد فرغ فيملك المطالبة بالاجر لكن هذا اذا كان في بيت
المستاجر على ما سياتي التقييد به فان احترق قبل الاخراج سقط الاجر لهلاكه قبل
التسليم الى صاحبه ولانه قبل الاخراج لا قيمة وكذا لو سقط من يده قبل الاخراج فاحترق
لا يستحق الاجر لما ذكر بخلاف ما اذا خاط الثوب في منزل صاحب الثوب حيث يستحق
الاجرة بخياطة بعضه وان هلك قبل التسليم لان ذلك القدر له قيمة وينتفع به
فيستحق الاجرة بحسابه كذا في الزيلعي وان بعده اي وان هلك بعد الاخراج فلا يسقط
الاجر لانه هلك بعد التسليم لان بمجرد الاخراج يوجد التسليم لكونه في منزل صاحبه
ان كان في بيت المستاجر هذا قيد لكل من قوله والخباز بعد اخراج الخبز وقوله وان بعده
فلا وان كان في بيت الخباز ليس له المطالبة بعد الاخراج ما لم يسلم الى صاحبه ويسقط
الاجر بعد الاخراج ايضا ولا ضمان لانه هلك بعد التسليم لكونه مسلما اليه بالاخراج
ولانه امين لا ضمان على الامين بخلاف ما لو احترق قبل الاخراج فانه يضمن لانه جناية
بعده كذا في الزيلعي وقالا انه يضمن لان العين مضمون عليه كالمغصوب على الغاصب ولا يبرأ
الا بحقيقة التسليم والوضع في بيته ليس كذلك ثم اذا وجب الضمان ان شاء
المستاجر ضمنه مثل دقيقه ولا اجر وان شاء ضمنه الخبز وله اي للخباز الاجر
قال صاحب النهاية هذا الذي ذكر من الاختلاف اختيار القدوري واما عند غيره
فهو مجرى على عمومه بانه لا ضمان بالاتفاق اما عند ابي ح فلانه لم يهلك من
عمله واما على قولهما فلانه هلك بعد التسليم ولكن هذا انما يتم اذا كان الوضع
في بيته تسليما وهل يجب عليه ضمان الحطب والملح ففي الزيلعي انه لا يجب لانه
صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه والطباخ للوليمة بعد الغرف بفتح
الغين المعجمة مصدر غرف اي اخراجه الى القصاع لانه من تمام عمله عرفا وان
استاجر في طبخ قدر مخصوص فليس عليه الغرف اي تفريغه الى القصاع ولضارب
اللبن بعد اقامته عند ابي ح فان افسده المطر قبل ذلك او انكسر فلا اجر له لانه

لانه لا يصير مسلما ما لم يصر لبنا وما دام على الارض لا يصير وقالا يستحق الاجر بعد
تشريجه بالجيم اي تنضيده بضم بعضه الى بعض لان التشريج من تمام عمله عرفا فصار
كالمشروط نصا فلو افسده المطر بعد اقامته قبل التشريج لا اجر له عندهما هذا فيما
اذا لبن في ارض المستاجر لانه يصير مسلما اليه بالاقامة او التشريج على اختلاف الاصلين
وان لبن الاجير في ارض نفسه لا يستحق الاجر حتى يسلمه بالعد بعد الاقامة او
التشريج ومن لعمله اثر في العين كصباغ وقصار يقصر بالنشاء والبيض فله حبسها
اي العين للاجر لان المعقود عليه وصف في المحل فله حق الحبس لاستيفاء البدل
كما في المبيع للثمن الا اذا كانت الاجرة مؤجلة فح ليس له حبسها قال في الخلاصة في
كسر الحطب وحلق شعر العبد حق الحبس وللنساج حق الحبس وكذا كل من صار
العين بعمله شيئا آخر بحيث لو فعله الغاصب زال ملك المالك واما القصار
ان كان يقصر بالنشا سنج او ببياض البيض فله الحبس اما اذا كان يبيض الثوب
لا غير فقد اختلف المشايخ فيه والاصح ان له حق الحبس على كل حال لان البياض
كان مستترا وقد ظهر بفعله بعد ان كان هالكا بالاستتار فصار كانه احدثه
فيه بالاظهار كذا في الزيلعي نقلا عن النهاية وقال في الخلاصة وهذا كله اذا عمله في
دكانه اما اذا عمله في بيت المستاجر فليس له حق الحبس فان حبسها فضاعت
فلا ضمان عليه عند ابي ح لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر له
لان المعقود عليه هلك قبل التسليم وذلك يوجب سقوط البدل كالمبيع اذا هلك
قبل التسليم الى المشتري يسقط الثمن من المشتري وقالا ان شاء المالك ضمنه
مصنوعا وله الاجر او غير مصنوع ولا اجر له لان العمل لم يصر مسلما اليه وسياتي
تفصيله في ضمان الاجير ومن لا اثر لعمله فيها اي في العين كالحمال بالحاء والجيم
والملاح وغاسل الثوب ليس له حبسها لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير
قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وقال زفر ليس له ان
يحبس العين فيما لعمله اثر ايضا واستدل عليه بان المعقود عليه صار مسلما

الى صاحب العين باتصاله بملكه فسقط حق الحبس لان الاتصال بملكه صار باذنه فصار
كالقبض بيده قلنا اتصال العمل بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن راضيا بهذا الاتصال
من حيث انه تسليم بل رضاه في تحقيق عمل الصبغ ونحوه من الاثر في المحل اذ لا وجود
للعمل الا به فكان مضطرا اليه والرضاء لا يثبت مع الاضطرار كصاحب العلو اذا
بنى السفل لا يكون متبرعا راضيا به لانه مضطر اليه بخلاف رد الآبق حيث كان
للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه كان على شرف الهلاك وقد احياه
فكانه باعه منه فله حق الحبس واذا اطلق العمل للصانع وذلك بان لم يقيد بعمله
بنفسه فله اى الصانع ان يستعمل غيره لان المستحق هو العمل في ذمته ويمكن ايفاؤه
بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء الدين فله ان يستاجر غيره او يستعمل بعضه
وان قيد بعمله بنفسه فلا اى ليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من
محل معين فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه كمن استاجر دابة بعينها للحمل فانه
ليس للموجر ان يسلم غيرها كذا قالوا واستشكل بعض مشايخنا بانه لو خالف الى خير
بان استعمل من هو اصنع منه في ذلك الصنع او سلم دابة اقوى من ذلك كان ينبغي
ان يجوز قال في البزازية لو قال للخياط استاجرتك لتخيط فخاط غلامه استحق
الاجر وان قال بيد نفسك لا يستحق انتهى فقد جعل الاول من قبيل الاطلاق والثاني
من قبيل التقييد وقال فيها ايضا لو قال استاجرتك لترضع فارضعت جاريتها استحقت
الاجر وان شرط ارضاع نفسها قيل استحقت الاجر وقيل لا والاوجه الاستحقاق
فعلى هذا يكون استيجار الغير مستثناة من مسئلة المتن ومن استاجره رجل
ليجيء بعياله من بصرة مثلا والباء للتعدية فوجد بعضهم قد مات فاتى بمن
بقي فله اجره بحسابه لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره
قال في المحيط وقاضيخان هذا اذا كان عياله معلومين حتى يكون الاجر مقابلا
بجملتهم فيستحق القدر المستوفى منه تلك الجملة الاجر واما اذا كان عياله
غير معلومين فهل تصح هذه الاجارة ام لا تصح والذي صرح في الخلاصة والبزازية

والبزازية انها فاسدة حيث قالا وان لم تكونوا معلومين فالاجارة فاسدة فح يلزم
اجر المثل بقدر عمله والذي ظهر من الزيلعي انها صحيحة حيث قال نقلا عن ابي جعفر
الهندواني هذا اذا كان عياله معلومين فان كانوا غير معلومين يجب الاجر كله
انتهى فانها لو كانت فاسدة لما وجب الاجر المسمى كله لان اللازم في الاجارة
الفاسدة هو اجر المثل وفي قاضيخان اهل بلدة تغلب عليهم المؤنات فاستاجروا
رجلا باجر معلوم ليذهب الى السلطان ويرفع القصة اليه ليخفف عليهم السلطان
نوع تخفيف واخذ الاجر من عامة اهل البلد من الاغنياء والفقراء قالوا ان كان بحال
لو ذهب الى بلد السلطان يتهيأ له اصلاح الامر في يوم او يومين جازت الاجارة
وان بحال لا يحصل المقصود في يوم او يومين وانما يحصل في مدة فان وقتوا للاجارة
وقتا جازت الاجارة وله كل المسمى وان لم يوقتوا فسدت الاجارة وكان له اجر المثل
على اهل البلد وعلى قدر مؤنتهم ومنافعهم وان استوجر رجل لايصال الطعام الى زيد بالبصرة
مثلا فوجده ميتا فرده اى الطعام فلا اجر له بالاتفاق لنقضه تسليم المعقود عليه وهو
حمل الطعام الى زيد بالرد الى صاحبه فصار كانه لم يفعل فلا اجر كالخياط اذا خاط ثوبا ثم
فتقه وقال زفر له الاجر لانه لما حمل الطعام الى البصرة انتهت اجارته فوجب الاجر ثم
صار في الرد الى صاحبه غاصبا فلا يسقط حقه به في الاجر المستحق كمن باع طعاما
وسلم الى المشتري ثم استرده منه يجب الثمن على المشتري والبايع غاصب الطعام فيجب
عليه رده او رد مثله او قيمته فكذلك هنا قلنا لا نسلم ان الاجر يجب عليه بمجرد حمل
الطعام الى البصرة لان المعقود عليه هو الحمل الى زيد بالبصرة ولم يوجد هذا وانما
الموجود منه هو الحمل الى البصرة وليس بمعقود عليه فلا يجب الاجر وكذا لو استوجر
لايصال كتاب اليه اى الى زيد في البصرة فرده اى الكتاب الى صاحبه لموته اى لموت
زيد وقال محمد له اجر ذهابه هنا اى في مسئلة ايصال الكتاب الى زيد والفرق له بين
هذه المسئلة وبين مسئلة ايصال الطعام ان المعقود عليه في هذه المسئلة هو قطع
المسافة لان حمل الكتاب لا يصلح اجرا اذ ليس له حمل ومؤنة فلا يصلح معقودا عليه بخلاف

قطع المسافة فان لها حملا ومؤنة فيستحق الاجر في مقابلتها وقطع المسافة فقد وجد في الذهاب
فيستحق الاجر في مقابلته بخلاف مسئلة ايصال الطعام فان المعقود عليه في هذه المسئلة
هو حمل الطعام الى زيد لان له حملا ومؤنة فيصلح معقودا عليه ولم يوجد ذلك فلا يستحق
الاجر وكلا ان المعقود عليه في مسئلة ايصال الكتاب هو نقل الكتاب الى زيد وقد نقضه
برده الى صاحبه فيسقط الاجر كما في مسئلة ايصال الطعام الى زيد ولو تركه اي الكتاب
هناك اي في البصرة ليصل الى زيد او الى ورثته فله اجر الذهاب اجماعا لانه اتى بما في
وسعه فله نصف المسمى وقال في رابع اجارات البزازية في تفصيل هذه المسئلة ان دفع
الكتاب الى ورثته فلا يجب اجر الذهاب بالاجماع وان وجد فلانا غائبا وترك الكتاب
هناك قال مشايخنا انه ايضا على الخلاف وبعضهم انه يجب اجر الذهاب ايضا اجماعا
هذا اذا شرط عليه المجيء بالجواب اما بلا شرطه فان ترك الكتاب ثمه حتى يعطى له ان
حضر اذا كان غائبا او الى ورثته ان كان ميتا يستحق الاجر وكذا لو وجده ودفع الكتاب
ولم يقرا وعاد بلا جواب يجب الاجر كملا لانه اتى بما في وسعه ولم يجده او وجده وعاد
بالكتاب فلا اجر له وقال محمد له اجر الذهاب ولو نسي الكتاب ثمه لا يستحق اجر الذهاب اجماعا
انتهى وقال في قاضيخان ولو ترك الكتاب ثمه او مزقه ولم يرد كان له اجر الذهاب في قولهم
وقيل اذا مزقه ينبغي ان لا يجب الاجر لانه اذا ترك الكتاب ثم ينتفع بالكتاب وارث المكتوب
اليه فيحصل الغرض بخلاف ما اذا مزقه ولو استاجر رجلا ليذهب الى موضع كذا ويدعو
فلانا اليه باجر مسمى فذهب الى ذلك الموضع فلم يجد فلانا قالوا له الاجر ولو استاجره
ليذهب الى موضع كذا ويؤدي رسالته الى فلان فذهب ولم يجد فلانا في ذلك الموضع
وعاد كان له الاجر مقابل الذهاب لا بتبليغ الرسالة انتهى يعني انه اتى بما في وسعه
وهو الذهاب اليه وقطع المسافة فيستحق الاجر في مقابلته واما تبليغ الرسالة اليه
والاسماع فليس في وسعه فلا يقابله الاجر فان قيل ما الفرق بين مسئلة الرسالة هذه
وبين المسئلة السابقة اعني مسئلة ايصال الكتاب حيث قالا في مسئلة ايصال الكتاب
انه لو عاد بكتاب لا اجر له وفي هذه المسئلة لو عاد له اجر الذهاب كما قال محمد كذلك

مطلب استحقاق اجرة من ينقل المكاتيب من بلد الى بلد

كذلك في مسئلة ايصال الكتاب قلنا الفرق لهما ان الكتاب يكون سرا مختوما غالبا
فيمكنه الترك لعدم اطلاع الغير عليه لعدم حل فك ختم غيره بخلاف الرسالة فانها
سر لا يداع عند الغير فامتنع ابلاغ الغير وقال الامام الحلواني لا فرق بين الكتاب والرسالة
قال في فتاوى قاضيخان من فصل ما يجب على المستاجر وما لا يجب استاجر ليذهب بها
الى موضع كذا ويحمل عليها كذا ويجيء بها فذهب بالسفينة ولم يجد ذلك الشيء قال
محمد يلزمه كراء السفينة في الذهاب فارغة اقل كراء ولو قال اكريتها منك على ان يحمل
الطعام من موضع كذا الى هنا فلم يجد الطعام فليس عليه شيء من الكراء لان في المسئلة
الاولى اكترى السفينة للذهاب والحمل والرجوع فيلزمه حصة الذهاب وفي المسئلة الثانية
وقع الاستيجار على حمل الطعام من موضع كذا الى هنا فاذا لم يحمل لا يلزمه شيء ولو استكرى
دابة ليحمل من هنا حمولة فجاء المكاري وقال ذهبت فلم اجد الحمل قالوا ان صدقه المستكري
في ذلك كان عليه اجر الذهاب خاليا عن العمل استاجر دابة في المصر ليحمل عليها الدقيق
من طاحونة كذا والحنطة من قرية كذا فذهب فلم تكن الحنطة ولم يجد في القرية حنطة
فرجع الى المصر قال محمد بن الفضل ينظر في لفظة الاستيجار ان كان المستاجر قال استاجرت
هذه الدابة من هذه البلدة حتى احمل الدقيق من طاحونة كذا يجب نصف الكراء لان
الاجارة وقعت صحيحة من البلدة الى الطاحونة من غير حمل شيء فيجب نصف الاجر
للذهاب ثم الاجارة من الطاحونة الى البلدة انما كان لحمل الدقيق ولم يوجد فلم يجب
للرجوع شيء واما اذا قال المستاجر استاجرت منك هذه الدابة بدراهم حتى احمل
الدقيق من الطاحونة فلم يجد الدقيق هناك لا يجب شيء لان هناك الاجارة وقعت على
حمل الدقيق من الطاحونة فلا يجب الاجر اذا لم يحمل الدقيق انتهى وقد ذكر فيها ايضا
قبل هذه المسئلة رجل اكترى من رجل سفينة ليحمل فيها الطعام الى موضع كذا
فلما بلغت السفينة الى ذلك الموضع ردها الريح الى المكان الذي اكتراها فان لم يكن
الذي اكترى السفينة مع الملاح ليس على المكتري كراء وان كان معه فعليه الكراء لان
العمل صار مسلما الى المكتري كالخياط اذا خاط الثوب في دار صاحب الثوب

مطلب احكام كتراء السفينة

استاجر بغلا للركوب الى موضع كذا فجمح في بعض الطريق ورده الى الموضع الذى

استاجره فعليه الاجر وهو نظير مسئلة السفينة اذا ردها الريح والمكترى مع

الملاح في السفينة وفي البزازية نقلا عن الواقعات رجل اشترى اشجارا للقلع بالاجراء

فلم يرض البايع فتقايلا ان استاجرهم ليذهبوا معه من المصر الى موضع الاشجار

فلهم اجر الذهاب وان كانت الاجارة لقلع الاشجار في موضع كذا فلا اجر وفي النوازل

استاجر اجيرا على ان تقلع له الاشجار في موضع كذا على ان اجر الذهاب والرجوع على

المستاجر فالا ادى له اجر الذهاب ولا الرجوع لانه لم يعمل شيئا استاجر مكاريا يحمل

له وقرا من الحنطة الى موضع كذا فلما بلغ نصف الطريق عاد به الى المكان الاول

لا يجب الاجر باب ما يجوز من الاجارة وما لا يجوز وفي البزازية الاجارة اذا وقعت

على العين لا يجوز فلا يصح استيجار الاجام والحياض لصيد السمك او رفع

القصب وقطع الحطب او يسقى ارضا او غنمه منها وكذا اجارة المراعى والحيلة

في الكل ان يستاجر موضعا معلوما لعطن الماشية وليبيح الماء والمرعى وقد ذكرنا

في باب البيع الفاسد نقلا عن البحر ما يفيد جواز اجارة الحياض للصيد فارجع

ومما لا يجوز استيجار الزوج زوجته للخدمة واستيجار الاب ابنه قال في الخلاصة

لو استاجر امراته لتخدمه لا يجوز ولو كانت المرأة امة الغير جاز ولو استاجرت

المرأة زوجها ليخدمها جاز في ظاهر الرواية وروى ابو عصمة ابن سعد بن معاذ المروزى

انه باطل وذكر في كتاب جعل الآبق ان للزوج ان لا يخدمها ومتى رجع الامر الى القاضى

يفسخ العقد بينهما ومن مشايخنا من قال تاويل قول ابى عصمة انه سيبطل ومنهم

من قال في المسئلة روايتان وان استاجر ابن الحر الاب او الام ليرعى غنمه او ليعمل

عملا اخر غير الخدمة جاز ولو استاجر الابن امه للخدمة او جده او جدته لا يجوز

ولو عمل واحد من هؤلاء يجب المسمى ولو استأجرت زوجها ليرعى غنمها جاز ولو

استاجر الاب ليخدمه لا يجوز حرا كان الاب او عبدا لغيره او كافرا ولا يجب الاجر

اذا خدم الا اذا كان مكاتبا او عبدا انتهى صح استيجار الدار والحانوت وان لم يذكر

يذكر ما يعمل فيه من السكنى وغيره والقياس ان لا يجوز ما لم يبين ما يعمل فيه لان

المقصود من الدار والحانوت الانتفاع وهو متنوع فوجب ان لا يجوز ما لم يبين نوعا

منها للجهالة المفضية الى النزاع لكنه جاز استحسانا ووجهه ان المعروف عرفا

كالمشروط نصا فينصرف اليه وهو السكنى ولهذا سمى مسكنا فان قيل سلمنا ان

السكنى متعارف ولكنه قد يتفاوت بتفاوت السكان فلا بد من بيانه اجيب

بان السكنى لا يتفاوت وان تفاوت السكان وما لا يتفاوت لا شتمل على ما يفسد

العقد فيصح وله ان يعمل كل شيء من السكنى والاسكان والوضوء والغسل وغسل

الثياب وكسر الحطب للوقيد وغيرها من توابع السكنى لاطلاق العقد سوى ما يوهن

البناء كالحدادة والقصارة والطحن بالماء او بالدابة دون اليد ان لم يوهن البناء

لان فيما يوهن البناء ضررا ظاهرا فيقيد بما وراءه دلالة وفي الخلاصة لا يمنع من

رحى اليد الا اذا كان يضر فح يمنع وعليه الفتوى وكذا يمنع من كسر الحطب اذا زاد

ويوهن البناء الا برضا المالك او يشترط في الاجارة ولو اقعد فيها قصارا

فانهدمت من عمله ضمن ولا يجب الاجر فيما ضمن وينبغى ان يجب فيما لم

يضمن وهو الساحة وان لم ينهدم شيء بالقصارة لا يجب الاجر قياسا

ويجب المسمى استحسانا هذا فيما اذا استاجر ولم يذكر ما يعمل فيه واذا استاجره

ليقعد قصارا فله ان يقعد حدادا ايضا اذا كانت مضرتهما واحدة ولو قال

المستاجر شرطت لك القصارة وانكر الاجر فالقول قوله وان اقاما البينة فالبينة

بينة المستاجر وهل له ان يربط دوابه ففى الخلاصة وللمستاجر ان يربط فيها

دابته وبعيره وشاته فان لم يكن هناك مربط ليس له اتخاذ المربط بل

يربط على باب داره وكذا ان لم يكن فيها بئر ماء ليس له ان يحفر بئر ماء ولو حفر

فما عطب به يضمن ان كان بغير اذن المالك ولو ضربت الدابة انسانا فمات

او هدمت حائطا لم يضمن ولو ادخل المؤجر دابته الدار المستاجرة بعدما سكن

فعطب به شيء ضمن اذ ليس له ادخال دابته بعدما سكن المستاجر الا اذا ادخلها

المستاجر يعمل كل شيء في الدار سوى ما يضر البناء

باذن المستأجر فلا يضمن بخلاف ما اذا اعاد داره ثم ربط المعير دابته على باب الدار
فضربت انسانا لا يضمن هذا اذا اجر كل الدار فانه لم يوجر صحن الدار له ان
يربط في الصحن وللمستأجر ان يبني التنور فيها حتى لو بني فاحترق به شئ من الدار
لم يضمن لان التنور من لوازم السكنى وله ايضا الايجار الى آخر لكنه لو اجره باكثر مما
استأجره تصدق بالفضل الا اذا اصلح في الدار شيئا او ضم اليها شيئا آخر واجرهما
معا فيصرف الزيادة الى شئ آخر او اجرها بخلاف جنس ما استأجره به اولا او جصصها
ثم اجر بالزيادة فح يطيب له الزيادة في هذه الصور بخلاف ما اذا كنس الدار ثم
اجرها بالزيادة حيث لا يطيب له الزيادة الا اذا قال على ان اكنس الدار استأجر
منزلا من دار وفيها سكان فادخله الدار وخلى بينه وبين المنزل ثم قال بعد مدة
حال بيني وبين المنزل فلان حكم الحال ان فيها فلان لا يلزم الاجر وان فيها المستأجر
يلزم بشهادة الظاهر وان خاليا يجب ايضا لوجود التخلية آجره دارا شهرا وسكن
المالك فيها معه وقال المستأجر لا اعطيك الاجرة لعدم التخلية فعليه الاجر بحساب
ما في يده لانه استوفى بعض المعقود عليه استأجر حانوتا على بابه دكان على الطريق
مع الدكان فمنع من الترفق بالدكان سقط حصة الدكان ولا تفسد هذه الاجارة
لانه موقوف على اذن السلطان ساحة بين يدي حانوت لرجل في الشارع فاجرها
الرجل واخذ الاجرة فاختلفوا فيه فقال في المحيط ان هذه الاجرة للعاقد وقال الفقيه
ابو الليث هذا اذا كان ثمة بناء حتى يصير الموجر غاصبا عندهما وقال في البزازية
والصحيح عندي هو الاول لانه عندهما وان لم يتحقق الغصب في حق الضمان يتحقق
في حق غيره كلزوم الرد والاثم فكذا في حق استحقاق الاجر وصح استيجار الارض
للزرع ان بين ما يزرع لان الزراعة منفعة مقصودة فيصلح للاستيجار وينبغي
ان يذكر انه يستأجرها للزراعة لانها قد يستأجرها لغيرها ايضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة
ولا بد من بيان ما يزرع فيها ايضا لانه متفاوت في الضرر بالارض فلا بد من التعيين
قطعا للمنازعة او قال على ان يزرع ما شاء لانه لما فوض الاختيار اليه اندفعت الجهالة

مطلب
المستأجر عليك الايجار لآخر
فيما استأجره

الجهالة المفضية الى النزاع ويدخل الشرب والطريق في العقد بلا تنصيص لان الاجارة
بعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في اطلاقه بخلاف البيع فان المقصود منه
مقصودة بالاراضي فيصح العقد لها واذا انقضت المدة لزمه اي المستأجر ان يقلعهما
اي البناء والغرس ويسلمها اي الارض فارغة لانها لا نهاية لهما ففي ابقائهما ضرر
لصاحب الارض الا ان يغرم الموجر قيمة ذلك اي البناء والغرس مقلوعا برضى صاحبه
اي صاحب البناء والغرس ان لم تكن الارض تنقص بقلعهما وان كانت الارض تنقص
بقلعه اي بقلع كل منهما فبدون رضاه ايضا اي يغرم قيمته بدون رضاء صاحبه
كما يغرم برضاه او يرضيا بتركه على الارض فيكون البناء والغرس لهذا والارض لهذا
اي لصاحبهما والرطبة كالشجر لانه لها عروقا في الارض وبقاء عليها كالشجر فكان
حكمها كحكمه والزرع يترك بعد انقضاء المدة ولم يحصد باجر المثل الى ان يدرك
لان لها نهاية معلومة فامكن فيه رعاية الجانبين وذلك باجر المثل فيصير اليه
ومما يتعلق باجارة الارض ما ذكر في الفتاوى رجل استأجر ارضا ليزرعها فزرعها
فاصاب الزرع آفة فهلك او غرقت الارض ولم تنبت فعليه الاجر تاما ولو غرقت
قبل ان يزرعها فلا اجر عليه لعدم استيفاء المعقود عليه هكذا ذكره في الخلاصة والبزازية
من غير تفصيل ثم ذكرا عن المحيط تفصيلا وقالا قال في المحيط والفتوى على انه
لا اجر على المستأجر فيما بقي من المدة بعد هلاك الزرع الا اذا يمكن من اعادة زرع
مثله او دونه في الضرر بالارض وقالا وكذا لو منعها غاصب عن الزراعة بناء على امكان
الزراعة وعدمه يعني ان امكن الزراعة بعد الغصب يجب الاجر والا فلا ولو قبض
الارض ولم يزرعها حتى مضت السنة يجب تمام الاجر استأجر ارضا ليزرعها فتزرعها
فلم يجد الماء ليسقيها فيبس الزرع يسقط الاجر عنه سواء استأجر بشربها
او بغير شربها كما لو استأجر الرحى فانقطع ماؤه وكذا لو خرب النهر الاعظم ولم يقدر
على سقيها يسقط الاجر وكذا لو كانت الارض تسقى بماء المطر او بماء المطر وماء الارض
فانقطع ماء المطر يسقط الاجر لعدم الانتفاع بها بدون ماء المطر ولو استأجر ارضا

فله الابقاء ويصير ذلك ملكه تبعا للارضه
ولا على المستأجر ضرر بعد انقلعه
باجر او بدونه او هما مجبران في ذلك
محله اذا انقضت المدة لان تقدير المدة للانتفاع فاذا مضت ولم يستحصد الزرع كانه في قلعه ضرر او تلف للمستأجر فوجب الابقاء الى حصده باجره المعتاد نفعا للطالب ورعاية للجانبين

الجبل فزرعها فلم تمطر ولم تنبت حتى مضت السنة ثم مطرت ونبت فالزرع كله
للمستاجر ولبس عليه كراء الارض ولا قيمة نقصانها لان الزرع لم يكن غصبا وهل يتطيب
للمستاجر زيادة الزرع ففي الخلاصة نقلا عن المنتقى انه يتصدق بالفضل وان قال
رب الارض انا اقلعه له ذلك ولو استاجر ارضا ليزرعها فزرعها فقل ماؤها او انقطع
فله ان يخاصمه حتى يفسخ القاضي العقد بينهما وبعدما فسخ يترك الحاكم الارض في يده
باجر مثلها الى ان يدرك الزرع فان سقى زرعه كان ذلك رضا وليس له ان ينقض الاجارة
ولو استاجر ارضا سنة يزرعها غلة واحدة قد سماها بعينها فزرع تلك الغلة فلما
نبت اصاب الزرع آفة فافسده وهي في وقت لا يستطيع ان يعيد تلك الزراعة
بعينها فاراد ان يزرع غير ما سمى مما هو دونه في الضرر على الارض او مثله له ان يفعل
ذلك وان كان من غير امر صاحبه وان كان ما زرع اضر على الارض لم يكن له ذلك ويرد
الارض على الاجر وعليه الاجر بقدر ما كانت في يده وبيان احكام اجارة الارض المغصوبة
سيأتي في كتاب الغصب ان شاء الله تع وصح استيجار الدابة للركوب والحمل لانهما
منفعة مقصودة معهودة في الدابة وعلفها على الموجر لا على المستاجر حتى لو
شرط على المستاجر فسدت الاجارة ولو تركها المستاجر بلا علف ومات
جوعا لم يضمن كما في البزازية بخلاف اجارة العبد فان طعامه على المستاجر وبخلاف
استيجار الكاتب فان الحبر عليه لا على المستاجر كذا في الاشباه وصح استيجار
الثوب للبس لانه منفعة مقصودة في الثوب فان اطلق اي الركوب واللبس
وذلك بان قال استاجرت على ان اركب من اشاء او احمل ما اشاء او البس من اشاء
وهو المراد بالاطلاق ههنا لا ان يقول استاجرت للركوب او للحمل او للبس ولم يزد
عليه فان العقد في هذه الصورة فاسدة تفصيله انه اذا استاجر دابة
او ثوبا فاما ان يقول عند العقد استاجرت للركوب او للحمل او للبس ولم يزد
عليه لفظ آخر او زاد فقال استاجرت على ان اركب من اشاء او احمل ما اشاء او البس
من اشاء او قال استاجرت على ان اركب فلانا او احمل الشيء الفلاني او البس فلانا

مطلب في استيجار الثوب والدابة

فلانا فهذه ثلثة اوجه فان كان الاول فالعقد فاسد لانه مما يختلف اختلافا
فاحشا فان اركب او البس شخصا ومضت المدة فالقياس ان يجب اجر المثل لانه
استوفى المعقود عليه بعقد فاسد فلا ينقلب جوازا وفي الاستحسان يجب
المسمى وينقلب جائزا لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال
فكانها ارتفعت من الابتداء لانها عقد ينعقد ساعة فساعة وكل جزء منه
ابتداء واذا ارتفعت الجهالة من الابتداء صح العقد فكذا ههنا كذا في العناية وان
كان الثاني والثالث صح العقد ويجب المسمى فاذا كان المراد بالاطلاق ما ذكرناه فاذا
اطلق العاقد عند العقد بهذا المعنى فله ان يركب ويلبس من شاء عملا بالاطلاق
وله ان يحمل ما شاء ايضا في الاستيجار للحمل ويجب عليه المسمى فاذا ركب او لبس
هو اي المستاجر او اركب او البس غيره تعين مرادا من الاصل فصار كانه نص عليه
فلا يستعمله غيره لانه خلاف النص المذكور حتى لو استعمله غيره ضمن بالهلاك
وان قيد براكب او لابس معينين فخالف ضمن لان التقييد بالمعين مفيد لتفاوت
الناس في الركوب واللبس والاشياء في الحمل فيعتبر فبالخلاف منه صار متعديا
فيضمن وكذا كل ما يختلف باختلاف المستعمل اي يضمن بالخلاف اذا كان مقيدا
كالفسطاط حتى لو استاجره وقيده باسكان فلان فدفعه الى غيره اجارة او
اعارة فنصبه وسكن فيه ضمن عند ابي ح وابي يوسف لتفاوت الناس في نصبه
واختيار مكانه وضرب اوتاده وعند محمد لا يضمن لانه للسكنى فصار مثل
الدار ولا يختلف به اي باختلاف المستعمل فتقييده اي تقييد الموجر بشخص
هدر لعدم التفاوت فلا يفيد التقييد فاذا كان هدرا فلو شرط سكنى واحد في دار
بعينه جاز ان يسكن من الاسكان غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت
في السكنى وما كان يضر البناء من اسكان الحداد والقصار والطحان خارج
على ما تقدم وان سمى المستاجر ما يحمل على الدابة نوعا وقدرا ككر بر اي بعينه
الاول لبيان النوع والثاني لبيان القدر فله حمل مثله في الضرر ككر بر آخر

اواخف منه ضررا كالشعير والسمسم فانهما اذا كانا كبيرا يكون اخف من كر
بر فيكون اقل ضررا الا ما هو اضر كالملح اذا كان مثل البر كيلا فانه اثقل فيكون اكثر
ضررا وان سمى قدرا من القطن فليس له ان يحمل مثل وزنه حديدا لانه ربما كان
اضر على الدابة لاجتماعه في موضع واحد من الظهر بخلاف القطن فانه ينبسط
عليه وان زاد على ما سمى من البر والقطن فعطبت الدابة ضمن قدر الزيادة ان
كانت الدابة تطيق ما حملها لانها هلكت بما هو ماذون فيه وغير ماذون
فيه وسبب الهلاك الثقل فانقسم عليهما والا اى وان لم تطق ما حملها فكل
القيمة اى ضمن كل القيمة لعدم اذنه فيها اصلا لانها خارجة عن العادة كما اذا
الزيادة من خلاف جنس المسمى فانه يضمن جميع قيمتها لعدم الاذن فان قيل اذا
استاجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن احد عشر مختوما منها فهلك
ضمن جميع القيمة مع ان الزيادة من جنس المسمى ويطيق به الثور اجيب بان الطحن
يكون شيئا فشيئا فاذا طحن العشرة المسماة انتهى الاذن فبعد ذلك هو في الطحن
مخالف في استعمال الدابة بغير الاذن فيضمن الجميع فاما الحمل فيكون حملة واحدة
فهو ماذون في بعض دون بعض فيوزع الضمان على ذلك ولنذكر بعض ما يتعلق
بضمان المكارى قال في الخلاصة لو تكارى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم فجعل
في جوالق عشرين مختوما وامر رب الدابة بوضعه عليها ففعل لا ضمان على
المستكرى لان صاحب الدابة هو الواضع ولو حملاه جميعا ضمن ربع القيمة
لان النصف ماذون والنصف الاخر بغير اذن وهما حملاه فضمن نصف هذا
النصف ولو كان الحمل عدلين حمل كل واحد منهما عدلا فوضعا جميعا لم يضمن
وكذا لو حمل المستاجر اولا لان رب الدابة حامل للزيادة وان حمل رب الدابة اولا ثم المستاجر
ضمن نصف قيمة الدابة ولو تكارى دابة ليحمل عليها شعيرا كيلا معلوما فحمل عليها
برا مثل كيله ضمن قيمتها وان حمل عليها مثل نصف ذلك من البر قال الامام السرخسي
يضمن وقال الامام خواهرزاده لا يضمن استحسانا قال الصدر الشهيد هو الاصح ولو

مطلب احكام بعض ما يتعلق بضمان المكارى

ولو زاد وبلغ المكان ثم ضاع ضمن بقدر الزيادة لانه صار غاصبا فلا يبرأ الا بالرد
الى المالك وفي فتاوى قاضيخان لو استاجر دابة ليحمل عليها شيئا سماه فحمل عليها
غيره فهو على ثلاثة اوجه الاول ان حمل عليها من جنس المسمى الا انه خالف المشروط
بان استاجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم من غير تلك الحنطة اذا حمل عليها
حنطة رجل آخر لا يكون مخالفا والثاني ان خالف في الجنس بان استاجر ليحمل عليها
عشرة اقفزة حنطة فحمل عليها عشرة اقفزة شعير في القياس يكون مخالفا
ضامنا وفي الاستحسان لا يكون لان المعتبر هو الضرر ولا ضرر ههنا لان مثل ذلك
من الشعير يكون اخف على الدابة فان سلمت الدابة يجب المسمى وان عطبت من
ذلك يضمن قيمتها ولا يجب الاجر فعلى هذا يكون ما ذكره المص استحسانا والثالث ان خالف
الى ما هو اضر بالدابة بان استاجر لحمل الحنطة فحمل عليها حديدا او آجرا او قطنا او حطبا
مثل وزن الحنطة فعطبت يضمن قيمتها فان سلمت لا يجب الاجر انتهى وفي الخلاصة ايضا
لو سمى من الحنطة وزنا معلوما فحمل على الدابة من الشعير مثل ذلك الوزن وعطبت الدابة
يضمن قيمتها ولو استاجرها ليحمل عليها شعيرا فحمل عليها في احدى الجوالقين شعيرا
وفي الاخر حنطة فعطبت الدابة يضمن نصف قيمتها وعليه نصف اجرها لانه في النصف
موافق وفي النصف مخالف استاجر دابة ليحمل عليها فله ان يركبها وان استاجرها ليركبها
ليس له ان يحمل عليها ولو حمل عليها لا اجر عليه لان الركوب يسمى حملا يقال ركب فلان
وحمل معه غيره ولا يسمى الحمل ركوبا اصلا استاجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة
فحمل عليها عشرين منها فسلمت فعليه الاجر تاما فان عطبت بعد ما بلغت فعليه نصف
قيمتها والاجر تام وهذا قول مح وابي يوسف اذا استاجرها لحمل معلوم فساقها رب
الدابة فعثرت الدابة فسقطت الحمولة وفسدت وصاحب المتاع يمشي مع رب الدابة
اوليس معه فالمكارى ضامن استاجرها ليحمل عليه زيتا او متاعا فحمله فركبه هو والمكارى
فتلف المتاع لا ضمان على المكارى لانه لم يخل بينه وبين المتاع وكذلك لو كانا يقودان
البغل ويسوقانه ولو انقطع حبله فسقط الحمل ضمن بالاتفاق اما لو اصابته الشمس

مطلب هل يضمن المكارى ما اتلف الدابة

او المطر ففسد الحمل او سرق الحمل من ظهر الدابة لا يضمن عنده وعندهما يضمن ولو حمل عليها
عبدا فساق رب الدابة فعثرت وعطب العبد لا يضمن لان العبد في يد نفسه بخلاف المتاع
وكذا لو حمل عليها صاحب المتاع متاعه وركبها فساقها رب الدابة فعثرت فعطب الرجل
او فسد المتاع لم يضمن صاحب الدابة ولو كان العبد لا يستمسك ضمن كما في الثوب والبهيمة اذا
هلكت بسوقه المستاجر اذا ركب الدابة وقد لبس من الثياب اكثر مما عليه حين استاجرها ان
لبس مثل ما يلبس الناس لا يضمن وان لبس ما لا يلبس الناس يضمن بقدر ما زاد استاجر حمارا
ليحمل عليه وقر حنطة الى المصر فحمله عليه وبلغ موضعه فلما انصرف حمل عليه قفيز ملح فمرض الحمار
ومات فعليه الضمان لانه فعل ذلك بغير اذن مالكه بخلاف ما اذا ركب في حال رجوعه حيث
لا يضمن وان كان بغير اذن المالك لان ذلك متعارف قال القاضي الامام يضمن بالركوب
ايضا كما في الدابة المستعارة اذا ركب في حالة الرد اذا استاجرها ليحمل عليها انسانا
باجر معلوم فحمل عليها امرأة ثقيلة فعطبت فان كانت الدابة تطيق حملها لا ضمان
وعليه الاجر استحسانا والا يكون ضامنا استاجر حمارا ليحمل عليه اثني عشر وقرا
من التراب الى ارضه بدرهم وله في ارضه لبن فكلما عاد من ارضه يحمل عليه وقرا
من لبن فان هلك الحمار في الرجوع يضمن قيمة الحمار دون الاجر وان سلم الحمار
حتى تم العمل فعلى المستاجر تمام الدرهم في كل وقر من التراب نصف دانق كما اذا
استكرى دابة لمسير فرسخ فسار سبعة فراسخ فعليه من الكراء مقدار ما شرط
وفيما زاد هو غاصب استاجر حمارا افضل فتركه ولم يطلبه حتى ضاع ان ذهب الحمار
من حيث لا يشعر به وهو حافظ لا ضمان عليه في ترك الطلب فان علم فطلبه ولم يظفر
به فلا ضمان عليه وكذا لا ضمان عليه في ترك الطلب اذا كان آيسا من وجوده لو طلبه
بالقرب في حوالى الموضع الذي ذهبت ولو اوقف الحمار وشرع في الصلوة فذهب
الحمار وهو يراه ولم يقطع الصلوة يضمن وان كان في الفرض لان الحفظ واجب عليه
وهو قادر على ذلك وكذا لو كان في بول او غائط او حديث مع غيره فذهب الحمار ان
توارى عن بصره وضاع ضمن البقار لا يكون تاركا للحفظ ما لم يغب البقر عن بصره

عن بصره وان كان نائما وان غاب عن بصره يكون تاركا للحفظ كذا ذكره في الخلاصة والبزازية
مطلقا ثم ذكرا عن الصغرى انه اذا نام قاعدا لا يكون تاركا للحفظ وان نام مضطجعا
يكون تاركا للحفظ واذا اشتغل بعمل آخر وضل الحمار يضمن اذا جاء الى الخباز ليشتري
الخبز وترك الحمار ان كان غاب عن بصره يضمن وان لم يغب لا يضمن والتقييد بالبصر
في النهار والليل سواء ولو ربط الحمار على ارى في سكة نافذة ولا منزل له فيها ولا بقربه
ان كان استاجره لركوب نفسه يضمن ان ضاع وان استاجره مطلقا بلا بيان الراكب
وهنا رجال نيام ليسوا في عيال المستاجر ولا من اجرائه ان لم يحفظهم ضمن ان ضاع
وان استحفظهم او بعضهم وقبلوا منه والغالب ثمه ان نوم الحافظ ليس باضاعة
لا يضمن وان كان نوم الحافظ بعد اضاعة ضمن ترك الحمار على الباب ودخل المنزل
ليأخذ خشب الحمار وضاع ان لم يغب عن بصره لا ضمان وان غاب ان كان موضعا
لا يعد تضييعا كما كانت السكة غير نافذة او في بعض القرى لا يضمن وان عد تضييعا
ضمن ربط الحمار على بابه ودخل الدار ليأخذ شيئا او المسجد ليصلي وهذا وترك
الربط سواء فيضمن في المختار استاجر دابة اياما معلومة ليركبها في المصر فانقضت
المدة فامسكها في بيته ولم يجئ صاحبها ليأخذها فنفقت لا ضمان عليه لان مؤنة الرد
على الاجر قالوا هذا اذا كان الاخراج باذن رب المال اما اذا كان الاخراج بغير اذن رب المال
فمؤنة الرد على الذي اخرج مستعيرا كان او مستاجرا رجل استاجر دابة الى موضع
فاخبر ان في الطريق لصوصا فلم يلتفت وذهب فاخذ اللصوص الدابة ان كان
الناس يسلكون الطريق بدوابهم مع الخبر لا يضمن وان كانوا لا يسلكون ضمن
رجل استاجر رجلا ودفع اليه حمارا وخمسين درهما ليذهب به الى بلد كذا ويشتري
شيئا للتجارة فذهب الاجير فاخذ السلطان حمر القافلة فذهب البعض ولم يذهب
البعض ولا الاجير ومن الذين ذهبوا في طلب الحمار بعضهم استردوا وبعضهم لا
فان كان الذين استردوا لم يكونوا يلومون على الذين لم يذهبوا لما فيه من تحمل
المشقة لا يضمن الاجير وان كانوا يلومونهم يضمن الاجير وان استقبلهم اللصوص

فطرح المكاري الكرباس وذهب بحماره فاخذ اللصوص الكرباس لا يضمن المكاري ان كان
يعلم انه لا يتمكن التخلص عنهم بالحمار والكرباس ويعلم انه لو حمله اخذوا الحمار والكرباس
استاجر حمارا ليحمل عليه الشوك فادخله في سكة فيها نهر فبلغ موضعا ضيقا
فضرب الحمار فوقع الحمار مع الحمل في النهر فاشتغل المستاجر بقطع الحبل فهلك
الحمار ان كان بحال لا يسع فيه بمثل ذلك الحمل فهو ضامن وان كان الحمار يقدر على
مجاوزته عن مثل ذلك الموضع مع ذلك الحمل فان عنف عليه في الضرب حتى وثب
من ضربه فهو ضامن والا فلا وكذا لو وقع في النهر بعنفه في السوق يضمن الكل في
الفتاوى من قاضيخان والخلاصة والبزازية وذكر في العمادي انه اذا دفع حملا الى مكار
ليحمله الى موضع كذا وشرط عليه ان يسير ليلا وصاحب معه يسيران ليلا فضاعت
الدابة مع الحمل ان كان المكاري ضيع بترك الحفظ ضمن وان كانت ضاعت من غير
تضييع لم يضمن عند ابي ح خلافا لهما وينبغي ان لا يضمن اذا كان رب الدابة يسير
معه بلا خلاف وفي قاضيخان لو استاجر حمارا من رجل وجعله في الطين ثم صرف وجهه
عن الطين ولم يبرح مكانه ودعا اجيره ثم نظر الى الحمار فلم يجد قالوا ان كان تحويل
وجهه عن الحمار قليلا لا يعد ذلك تضييعا عند الناس لا يضمن وان كان طويلا يعد
تضييعا عند الناس ضمن انتهى فعلم منه ان المستاجر لو ترك المستاجر ولم يحفظه على
خلاف العادة وضاع ضمن وفي الارداف يضمن النصف قال في الزيلعي تقييده بالارداف
احتراز عما اذا حمله الراكب على عاتقه فانه ح يضمن جميع القيمة لان ثقل الراكب مع
الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان واحد فيكون اشق على الدابة فيضمن جميع القيمة
وان كانت الدابة تطيق حملها هكذا ذكره نقلا عن النهاية ثم قال ذكر في المختصر
انه يضمن نصف القيمة في الارداف ولم يذكر كم يجب عليه من الاجر اذا هلكت بعد
ما بلغت به مقصده قالوا يجب عليه كل الاجر ونصف القيمة ثم للمالك الخيار
ان شاء ضمن الرديف وان شاء ضمن الراكب والراكب لا يرجع بما ضمن والرديف
يرجع ان كان مستاجرا وان كان مستعيرا لا يرجع انتهى هكذا ذكره في الخلاصة وعلل

وعلل لزوم الاجر كاملا بانه استوفى المنفعة وعلل لزوم الضمان بانها بلغت بركوب
اثنين احدهما غير ماذون فيضمن النصف وفي التقييد بالارداف احتراز ايضا
عما اذا استاجرها ليركب هو بنفسه ولم يركب هو بل اركب غيره فانه ح يضمن
كل القيمة ان عطبت الدابة من ركوب الغير ووجه الفرق بينهما ان في اركاب غيره
منفردا مخالفة من كل وجه فيضمن كل القيمة وفي الارداف ماذون من وجه دون وجه
فيضمن النصف ولا عبرة بالثقل لان الدابة قد يثقل عليها الراكب الخفيف ويخف
عليها الراكب الثقيل لعلمه بالفروسة ولان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن
فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناية في الجنايات حيث اذا جرح رجل رجلا جراحة واحدة
والاخر عشر جراحات خطأ فمات منها فالدية بينهما نصفان باعتبار عدد الجاني
ثم هذا فيما اذا كان تطيق الدابة والا فبالتلف بالارداف يضمن كل القيمة بخلاف
ما اذا ركب وحمل على عاتقه فانه ح يضمن كل القيمة لو عطبت ولو كانت تطيق
على ما تقدم انفا ثم في اطلاقه اشارة الى انه يضمن النصف سواء كان الرديف
رجلا او صبيا قادرا للاستمساك بنفسه على الدابة اولم يفد ولكن قالوا اذا
اردف صبيا لا يستمسك على الدابة بنفسه يضمن بقدر ثقله لانه بمنزلة حمل
المتاع كذا في الخلاصة وان كبحها اي جذبها بلجامها ليقف ولا يجري او ضربها
فعطبت ضمن عند ابي ح خلافا لهما فيما هو معتاد لان المتعارف من الكبح والضرب
داخل تحت مطلق العقد فيكون ماذونا فيه ولابي ح سلمنا انه حاصل بالاذن
لكن الاذن مقيد بشرط السلامة اذ امكن تحقق المقصود بها وههنا ممكن
اذ يتحقق السوق بدون الضرب وانما يضرب للمبالغة فصار كالمرور في الطريق
وضرب الزوجة بخلاف ضرب القاضي للحد والتعزير وفصد الفصاد حيث لا يضمن
اذا هلك بها لان الحد والتعزير واجب عليه وكذا الفصد بعقد الاجارة ولا ضمان مع الوجوب
وهذا بخلاف ما اذا ضرب العبد المستاجر حيث يضمن بالاتفاق لانه يؤمر وينهى لفهمه
فلا ضرورة الى الضرب وعلى هذا الخلاف ضرب الاب او الوصي الصغير اذا لم يتجاوز

للتاديب حتى يجب الدية والكفارة عنده ولا يجب عندهما لان الضرب لاصلاح الصغير
فكان معينا له فلا يجب الدية كما لا يجب اذا ضربه المعلم باذن الاب ولابي ح ان الاب يضربه
لمنفعة نفسه بخلاف المعلم فانه يضربه اعانة للاب والمعين لا ضمان عليه وان تجاوز
بها اى بالدابة المستاجرة مكانا سماه للركوب والحمل ضمن قيمتها لانه بالتعدى
غاصبا لما لو عين طريقا فسلك غيره مما لم يسلكه الناس على ما سياتى ولا يبرأ
عن الضمان بردها الى ما سماه من المكان وان وصلية استاجرها ذهابا وايابا في الاصح
قال الامام قاضيخان في تحرير هذه المسئلة رجل استاجر دابة للركوب الى الكوفة
فجاوز بها عن الكوفة مقدار ما لا يتسامح فيه الناس وركب في تلك الزيادة او لم يركب
وردها الى الكوفة كان عليه الاجر الى الكوفة فتكون الدابة مضمونة عليه ما لم يردها
الى صاحبها حتى لو هلكت في طريق الكوفة يضمن قيمتها ولا يسقط عنه شيء من
الاجر وهذا قول ابي ح الاخر وهو قول صاحبيه وكان ابو ح يقول اولا اذا ردها الى الكوفة
برأ عن الضمان ثم رجع وقال لا يبرأ عن الضمان بازالة التعدى وكذا الخلاف في المستعير
اذا جاوز ثم عاد الى ذلك المكان بخلاف المودع اذا جاوز ثم عاد الى الوفاق فانه يبرأ
عن الضمان وقال بعضهم برأ الكل عن الضمان بازالة التعدى وقال بعضهم اذا
استاجرها جائيا وذاهبا برئ وكذا المستعير واذا استاجرها ذاهبا لا جائيا لا يبرأ
على كل حال الا المودع انتهى فحاصل الاقوال الى ثلاثة احدها ان المستاجر والمستعير
لا يبرأ عن الضمان بازالة التعدى والعود الى الوفاق على القول المرجوع اليه ويبرأ
المودع والفرق بينهما ان المودع مامور بالحفظ قصدا فبعد العود الى الوفاق
بقى الامر بالحفظ فحصل الرد الى نائب المالك لان المودع نائبه بخلاف الاجارة والاعارة
لان الحفظ فيهما مامور به تبعا للاستعمال المقصود اصالة فاذا انقطع الاستعمال
بالوصول الى المكان المسمى لم يبق هو نائبا عن المالك فلا يبرأ بالعود الى الوفاق
اذ لم يوجد الرد الى المالك ولا الى نائبه والثاني عدم الفرق بين المستاجر والمستعير
والمودع في البراءة عن الضمان عند ازالة التعدى في الخلاصة وهذا ليس بصحيح

بصحيح بل الصحيح الفرق بينهما وبين المودع والثالث انه ان استاجر او استعار
جائيا وذاهبا يبرأ وان ذاهبا لا جائيا لا يبرأ ويبرأ في الوديعة واختار في الهداية
ما ذكره المص من عدم البراءة بازالة التعدى وقال وهذا اصح واعترض عليه بان
غاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب برأ عن الضمان مع انه لم يوجد
الرد الى المالك ولا الى نائبه كما في المستاجر والمستعير واجيب بان الرد على
احدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب ان يكون الرد على
احدهما لجواز ان يحصل البراءة بسبب اخر وهو الرد الى من لم يرتفع بالرد عليه
ضمانه من قبل وغاصب الغاصب كذلك فانه بالرد عليه لا يبرأ عن الضمان الاول
وان نزع سرج الحمار واسرجه بما يسرج به مثله لا يضمن لان الاذن قد تناوله
العقد وان اسرجه او اوكفه بما لا يسرج او لا يوكف عطف على لا يسرج لا على يسرج
والجار في قوله به متعلق بكل من يسرج ويوكف يعني لو استاجرها مسرجا فاوكفها
باكاف يوكف مثلها او سرج لا يسرج مثله فهلكت ضمن لانه لم يتناوله العقد
الاذن به وكذا اى ضمن ان اوكفه بما يوكف به مثله توضيحها من الكنز حمارا
بسرج فاستعماله به موافقة فان نزع فاما ان يستعمل بسرج آخر او اكاف وكل
منهما على قسمين اما بسرج يسرج بمثله الحمار او لا وكذلك الاكاف فان اسرج بذلك
فلا ضمان عليه لانه لما كان مثله بما تناوله الاذن اذ لا فائدة في التقييد بالعين لا يضمن
الا اذا كان زائدا في الوزن فح يضمن الزيادة اذا كانت من جنس المسمى وموضع واحد
على الدابة في دفعة واحدة وان اسرج بما لا يسرج به مثله مثل ان يسرجه بسرج
البرذون ضمن القيمة كلها لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا وان
اوكفه باكاف لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج من انه لم يتناوله الاذن
بل هو اولى لكونه من خلاف جنسه وان اوكفه باكاف يوكف بمثله الحمر ضمن عند
ابي ح ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لصاحب الهداية وهو رواية الجامع الصغير
لانه لم يذكر فيه مقدار المضمون بل قال هو ضامن وذكر في كتاب الاجارات يضمن

بقدر ما زاد فاختلف المشايخ فقال بعضهم ليس في المسئلة روايتان وانما المطلق
محمول على المقيد وقال بعضهم فيها روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد
وفي رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة وقال شيخ الاسلام وهذا اصح هذا
كله عند ابي ح وقالا يضمن قدر ما زاد وزنه على السرج فقط حتى لو كان وزن السرج
منوين ووزن الاكاف ستة امناء يضمن ثلثي قيمتها الا انه اذا كان الاكاف مما يوكف
بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا عليه في الوزن
فيضمن الزيادة لعدم الاذن بها فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه
ووجه ابي ح على رواية الاجارات ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج
للركوب وينبسط احدهما على الظهر اكثر من الاخر فصار كما لو سمى حنطة وحمل بوزنها
شعيرا فانه يضمن جميع القيمة لان الشعير ينبسط على ظهر الدابة اكثر من الحنطة
فكان مخالفا انما قال قدر ما زاد وزنه اختيارا لقول بعض المشايخ ومنهم من قال
انه يضمن عندهما قدر ما زاد مساحته مساحة السرج حتى اذا كان السرج ياخذ
من ظهر الدابة قدر الشبرين والاكاف قدر اربعة اشبار يضمن نصف قيمتها سواء
تساويا في الوزن او لا هذا كله فيما لو استاجرها بسرج واما لو استاجرها باكاف
فاوكفها باكاف مثله او اسرجها مكان الاكاف لا يضمن على ما في الخلاصة لانه خلاف
الى خير ولو استاجرها عريانة فاسرجها وركبها ضمن قال مشايخنا ان استاجرها
من بلد الى بلد لا يضمن فانه لا يمكنه الركوب ح بدون السرج وان استاجر ليركبها
في المصر ان كان المستكري من الاشراف لا يضمن لانه يركبه بدون السرج وان كان
من العوام يركبون عريانا يضمن ولو تكارى دابة ولم يذكر السرج والاكاف وسلمها
عريانة فركبها بهذا او بهذا ان كان مثله يركب بسرج يضمن اذا ركبها باكاف
وان كان يركب بكل واحد منهما لا يضمن اذا ركبها بهذا او بهذا ان كان مثله كذا في
الخلاصة نقلا عن المشايخ قال تاويله اذا ركب من بلد الى بلد ولو استاجرها بغير
لجام فالجمها لا يضمن اذا الجم بلجام لا يلجم مثلها وان سلك الحمال طريقا غير ما عينه

بيان ما تلف الحمال في الطريق

المالك مما يسلكه الناس فلا ضمان عليه ان لم يتفاوت الطريقان قربا وبعدا
خوفا وامنا اعوجاجا واستقامة لاذ لا يتناوله لعدم الفائدة في التقييد بالمعين
وان تفاوتا بشيء مما ذكرناه او كان لا يسلكه الناس وحمله في البحر فتلف ضمن
لان التقييد في الاولين صحيح لكونه مفيدا وفي الثالث اصح واولى لان التفاوت بين
البر والبحر فاحش حتى ان للمودع ان يسافر بالوديعة في البر دون البحر وان بلغ الحمال المقصد
فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ذكر في العمادي نقلا عن الاصل لو
استاجر حمالا ليحمل له دنا من خل فعثر وانكسر او سقط من راسه او زلق رجله
وانكسر بعدما ينتهي الى المقصد فله الاجر بلا ضمان عليه لانه حين انتهى الى المكان
المشروط لم يبق الحمل مضمونا عليه اذ وجب له جميع الاجر فصار الحمل مسلما الى
صاحب الحمل حتى لا يستحق الحبس بالاجر والمتولد من عمل غير مضمون لا يكون
مضمونا وهذا بخلاف القصار اذا قصر الثوب وهلك عنده لا يضمن الثوب ولا يكون
له الاجر لان عمل القصار انما يقع لصاحب الثوب اذا سلم الثوب اليه ولم يوجد ولا
كذلك الحمال اذا هلك الدن في يده بعد الحمل والوصول الى المقصد لان الحمل وقع مسلما
الى صاحب الدن ولهذا لا يملك حبسه بالاجر ولو انكسر في وسط الطريق من غير
عمله بان اصابه حجر من مكان او وقع عليه حائط او كسره رجل وهو على راسه
فلا ضمان عليه عند ابي ح وعندهما يضمن اذا هلك بما يمكن الاحتراز عنه استاجر
رجلا ليحمل له طعاما الى مكان مسمى بدرهم فحمله اليه ثم رده الى المكان الذي
حمله منه سقط الاجر عندنا خلافا لزفر ويصير غاصبا لان يده قامت مقام يد المستاجر
في الحكم فصار الطعام في الحكم مسلما الى رب الطعام اذا انتهى الى ذلك المكان فاذا
رده منه صار غاصبا كما لو سلمه اليه حقيقة ثم اخذه منه وذكر في الذخيرة
لو حمل متاعا على حمال وصاحب المتاع يمشي معه فعثر الحمال وسقط المتاع وفسد
فهو ضامن لانه من [illegible] يده ولو استاجر حمالا ليحمل له زقا من سمن فحمله صاحبه
بالحمال ليضعه على راس الحمال فوقع وتخرق الزق لا يضمن الحمال لانه لم يسلم اليه

السمن ولا ضمان بدون التسليم اليه كذا روى عن ابي يوسف ومحمد ولو حمله الحمال ثم
وضعه في بعض الطريق ثم اراد رفعه فاستعان برب الزق فرفعاه فوقع وتخرق
فالحمال ضامن لانه صار في ضمانه حين حمله ولم يبرأ منه بعد لانه لم يسلمه الى صاحبه
وان حمله الحمال ودنا بيت صاحبه ثم انزله الحمال مع صاحب الزق من رأس الحمال فوقع
من ايديهما فالحمال ضامن عند ابي ح وهو قول محمد اولا ثم رجع محمد وقال لا يضمن
لان الزق وصل الى يد صاحبه قال الفقيه ابو الليث القياس ان يضمن الحمال النصف
لان الزق وقع من فعلهما وكثير من المشايخ افتوا به واذا سرق المتاع من راس الحمال
ورب المتاع معه لا يضمن لان يد صاحب المتاع قائم على المتاع بعد وقيام يده
يمنع وقوع التسليم الى غيره كذا روى عن ابي يوسف وان لم يكن صاحبه معه قال
ابو ح لا يضمن ايضا وقال صاحباه يضمن واذا انقطع حبل الحمال وسقط الحمل ضمن
بالاتفاق لانه لما شده بحبل لا يتحمله فكانه هو المسقط للحمل فكان التلف حاصلا
من جناية يده ولو شقت الحقينة بنفسها وخرج ما فيها قال ابو بكر ضمن الحمال
كما اذا انقطع حبله وقال ابو الليث في قياس قول ابي ح لا يضمن ولا يشبه هذا
انقطاع الحبل لان ثمة التفريط كان من قبل الحمال حيث شد الحمل بحبل واه وههنا
التقصير جاء من قبل رب الحقينة وبه ناخذ وعليه الفتوى الحمال اذا نزل في
مفازة وتهيأ له الانتقال ولم ينتقل حتى فسد المتاع بسرقة او مطر فهو ضامن
ان كانت السرقة والمطر غالبا لانه يكون مضيعا والا فلا الكل في العمادي وان
عين زرع بر فزرع رطبة ضمن ما نقصت الارض لانه خلاف الى شر لان للرطبة
عروقا يختل بها قوام الارض بخلاف المزارع فانه اذا زرع خلاف ما امر به يصير غاصبا
سواء اضر ذلك بالارض او لم يضر كذا في ضمان المزارع من العمادية ولا اجر عليه
اي على المستاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان اذ الاجر يستلزم عدم التعدي والضمان
يستلزمه وتنافي اللوازم يدل على تنافي الملزومات وان امر بخياطة الثوب قميصا
فخاطه قباء خير المالك بين تضمين قيمته وبين اخذ القباء ودفع اجر مثله

مثله قيل المراد بالقباء ههنا القرطق وهو الذي يلبسه العجم مكان القميص وهو ذو
طاق واحد والوجه فيه انه يستعمل استعمال القميص والقباء فثبت له الخيار
وفي غيره لا يثبت له الخيار بل يضمنه بالقيمة حتما وقيل يجري الجواب على اطلاقه
في الكل واطلاقه يدل على ذلك ووجهه ان القباء والقميص يتفاوتان في المنفعة
واجزاؤهما واحد وهو الذيل والكم والدخريص وروى الحسن عن ابي ح انه لا خيار لرب
الثوب في الكل بل يضمنه قيمة الثوب لان القباء جنس آخر فصار مخالفا له من كل وجه
ووجه ظاهر الرواية انه قميص من وجه لانه يمكنه سده والانتفاع به انتفاع
القميص فصار موافقا من هذا الوجه وهو مخالف من حيث التقطيع فيميل
الى ايهما شاء فان مال الى الخلاف يضمنه قيمته وصار الثوب للخياط وان مال الى الوفاق
باخذ القباء ويعطيه اجر مثله لا يزاد على المسمى لان صاحب الثوب لم يرض بالمسمى
الا مقابلا بخياطة القميص فاذا خالف فات رضاه فلا يجب عليه المسمى والخياط
لم يخطه مجانا فيجب عليه اجر مثله لا يجاوز به المسمى لان المنافع لا يقوم الا بالعقد
او شبهه وليس فيما زاد على المسمى عقد ولا شبهه فلا يقوم ولا يجب وكذا لو امر بقباء
فخاطه سراويل في الاصح اي يخير بين تضمين قيمته وبين اخذ السراويل للاتحاد في
اصل المنفعة اعني ستر العورة ودفع الحر والبرد فصار كما اذا دفع نحاسا فامره ان
يصنع شيئا من الاواني فصنع له خلافه فانه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وقيل
يضمنه هنا بلا خيار للتفاوت في المنفعة والهيئة هذا قال في المحيط ان كفاني قميصا
فاقطعه فقطعه فلم يكفه ضامن لان هذا اذن مشروط بشرط الكفاية وبدون
الشرط لا يكون مأذونا ولو قال هل يكفيني فقال نعم قال اقطع فلم يكفه فلا ضمان عليه
لانه امره بالقطع مطلق غير معلق بشرط الكفاية لانه لم يذكر حرف التعليق فيكون
اذنا مطلقا لا نه غيره ومثله لا يوجب الضمان ولو قال انظر الى هذا الثوب هل يكفيني
قميصا فقال نعم قال فاقطع فاذا هو لا يكفيه قال ابو بكر البلخي انه يضمن لان قوله
فاقطع الفاء فيه حرف تعليق فيقتضي شرطا فصار كانه قال ان كان يكفيني فاقطع انتهى

باب الاجارة الفاسدة اعلم ان الاجارة تفسد بامور منها الشروط
الفاسدة وهي الشروط المفسدة للبيع اعني شرطا لا يقتضيه العقد وفيه منفعة
لاحد العاقدين وهذا لان المنافع تتقوم بالعقد وتصير مالا فتعتبر الاجارة بالمعاوضة
المالية اعني البيع دون ما سواها من النكاح والخلع والصلح عن دم العمد فاذا اعتبرت
بالبيع كان ما يفسد البيع من الشروط مفسدا لها ايضا الا ان بينها وبين البيع
فرقا من جهة اخرى فان الفاسد من البيع يملك المبيع بالقبض وفي الفاسد من
الاجارة لا يملك المنافع بالقبض حتى لو مات الاجر بعد قبض المستاجر في العين
المستاجرة بالاجارة الفاسدة وقد كان عجل الاجرة فالمستاجر احق بما عجل من الاجرة
بخلاف البايع فان المشتري لو قبض المبيع بالبيع الفاسد وادى الثمن ومات البايع فالمشتري
لا يستحق الثمن وليس للمستاجر اجارة فاسدة ان يوجر العين المستاجرة الى اخر ولو
بعد قبضها ولو اجرها يكون غاصبا عند بعض المشايخ وللاجر الاول ان ينقض هذه
الاجارة بخلاف البيع الفاسد فان المشتري بالشراء الفاسد اذا باعه من اخر بيعا صحيحا
ليس للاول نقض هذا البيع بالاتفاق انما قلنا عند بعض المشايخ لما في مسائل الشيوع
من اجارات البزازية والمستاجر اجارة فاسدة لو اجره من غيره اجارة صحيحة يجوز
في الصحيح وقيل لا يملك ذلك واستدلوا بما ذكر في الاجارات دفع اليه دارا ليسكنها
ويرمها ولا اجر له فاجر المستاجر من غيره وانهدم الدار من سكنى الثاني ضمنا اتفاقا
لانه صار غاصبا واجابوا عنه بان العقد في تلك المسئلة اعارة لا اجارة لان ذكر المرمة
على وجه المشورة لا الشرط انتهى ثم الشروط المفسدة للاجارة قد فصلها في
غاية البيان بعض تفصيل حيث قال والشروط التي تفسدها كاشتراط تطيين
الدار ومرمتها وتعليق باب عليها وادخال جذع في سقفها او اشتراط كري نهر
في الارض وضرب مسناة عليها وحفر بئر فيها او ان يسرقنها او ردها مكروبة على
المستاجر فان كل ذلك تفسد الاجارة لانه جعل هذه الاعمال من جملة الاجر وانها
مجهولة وجهالة بعض الاجر يوجب جهالة الباقي فتفسد به الاجارة وكذلك

وكذلك لو استاجر رحى ماء على انه ان انقطع الماء عنها فالاجر عليه لا يجوز لان قضية العقد
ان لا تجب الاجرة الا عند التمكن من الانتفاع فاذا شرط الاجرة مع عدم التمكن منه فقد غير
مقتضى العقد فيفسد به العقد وكذلك اذا تكارى دابة الى بغداد على انه ان رزقه
الله تع شيئا او رزقه من فلان شيئا اعطاه من ذلك شيئا وهذا فاسد لانه تعليق الاجرة
بالخطر لانه لا يدري ايرزق ام لا يرزق ولو تكارى دابة الى بغداد على انه ان بلغته فله اجر
عشرة دراهم والا فلا شيء له فالاجارة فاسدة ايضا وكذلك لو استاجر عبدا شهرا
بالف على انه ان مرض عمل في الشهر الذي بعده بقدر الايام التي مرض فيها لانه لا يدري
اي مقدار من الشهر يمرض وهو يخالف مقتضى العقد وكذلك كل شرط يوجب الجهالة
في العقد يفسده انتهى ما في غاية البيان وقال في البزازية لو استاجر دارا شهرا بعشرة
على ان يسكن فيها يوما فعليه العشرة او دابة الى خوارزم بعشرة على انه ان رجع من
مرحلة كذا او من قرية كذا فعليه كل الاجر فالاجارة فاسدة وان استاجر دابة على انه
ان حمل كذا فاجرها كذا وان حمل كذا فاجرها كذا او ارضا على انه ان زرع كذا فكذا وكذا فكذا
او دارا ان سكنها عطارا فكذا وان سكنها حدادا فكذا ففي رواية عن الامام الاجارة
فاسدة وهو قولهما وفي اخرى يجوز ولو استاجر دارا على ان لا يسكنها فالاجارة
فاسدة لان فيه نفعا لرب الدار ولا يقتضيه العقد انتهى فظهر مما ذكرناه ان جملة
الشروط المفسدة راجع الى الجهالة في العقد والى خلاف قضية العقد وفي
الجنس الثالث من اجارات الخلاصة رجل استاجر فرسا ولا يركبها او يربطها
على باب داره فيرى الناس ان له فرسا او آنية يضعها في بيته يتجمل بها ولا يستعملها
او دارا لا يسكنها لكن ليظن الناس ان له دارا او عبدا على ان لا يستخدمه او دراهم
يضعها في بيته فالاجارة في جميع ذلك فاسدة ولا اجر له اذا كان الذي يستاجره قد يكون
ان يستاجر لينتفع به انتهى والحاصل ان كل عقد اجارة ينعقد على منفعة غير مقصودة
من العقد فاسد ومنها الشيوع الاصلي وذلك بان يوجر نصيبها من داره او نصيبه
من دار مشتركة من غير شريكه وانما فسد بالشيوع لان المقصود منها الانتفاع وهو

امر حسي لا يمكن بالمشاع ولا يتصور تسليمه بخلاف البيع فان المقصود منه هو الملك
وهو امر حكمي يمكن بالمشاع وانما قيدناه بالاصلي احترازا عن الشيوع الطاري فانه لا يفسد
الاجارة في ظاهر الرواية كما اذا اجر كل داره ثم فسخا في النصف وكما لو استاجر من اثنين دارا
ومات احد الاجرين قبل المدة او فسخ في حصته تبقى في حصة الاخر ثم الشيوع الاصلي
انما يفسد الاجارة من الاجنبي واما من شريكه فلا يفسدها ومنها جهالة المسمى بان
جعل الاجرة ثوبا او دابة بلا تعيين وكذا جهالة المدة او العمل تفسدها قال في المحيط
كل جهالة تفسد البيع تفسد الاجارة ايضا لان الجهالة المتمكنة في البدل او المبدل
او المدة يفضي الى المنازعة انتهى ومنها عدم التسمية بان يقول اجرتك داري شهرا
او سنة ولم يقل بكذا ومنها تابيد المدة كما في الثاني من اجارات البزازية قال اجرا رضي
الى وقت موته او ابدا لم يجز انتهى الاول للجهالة المدة والثاني للتابيد ومنها تعيين
العمل عليه كما لو استاجر الزوج زوجته ليخبز او يطبخ له فان الخبز والطبخ يلزم على المراة
فلا يجوز وفي الخلاصة دفع الى رجل ثوبا وقال له بعه بعشرة فما زاد فهو بيني وبينك
قال ابو يوسف ان باعه بعشرة او لم يبعه فلا اجر له وان تعب في ذلك وان باعه باثني
عشر او اكثر فله اجر مثل عمله اذا تعب في ذلك لانه عمل باجارة فاسدة فيستحق الاجر
قال القاضي الامام وهذا اصح وبه يفتى لانه مقابل بالمبيع دون مقدماته اذا كان المعقود
عليه البيع دون السعي كما هنا وفروع كل نوع مذكور في الفتاوى ولا يساعده المختصر
ثم شرع في بيان ما يجب في الاجارة الفاسدة فقال يجب فيها اجر المثل لا يزاد على المسمى
هكذا ذكره في القدوري والهداية والكنز وقال في قاضيخان الاجارة اذا كانت فاسدة ووجب
اجر المثل هل يجب بالغا ما بلغ ام لا ينظر ان كان فساد الاجارة بجهالة المسمى من الاجر
او لعدم التسمية يجب اجر المثل بالغا ما بلغ وان كان فسادها بحكم شرط فاسد او نحو
ذلك كان له اجر المثل ولا يزاد على المسمى انتهى وهكذا في البزازية ايضا حيث قال ومتى
فسدت الاجارة والفساد لعدم المسمى او الجهالة الاجر يجب اجر المثل بالغا ما بلغ ومتى
فسدت بحكم شرط فاسد ونحوه مع كون المسمى معلوما يجب اجر المثل ولا يتجاوز به

لان المنافع كالاعيان في ورود
العقد عليها ...
الشرط ... العمارة والتطيين
والترميم ونحوه للجهالة

ولا يتجاوز به عن المسمى انتهى فمنه علم ان مراد المص لزوم اجر المثل فيما اذا كان
فسادها بشرط فاسد لا على الاطلاق فان قيل قد ذكر في العناية والكفاية وغاية البيان
ان الواجب في الاجارة الفاسدة بالشرط الفاسد هو الاقل من اجر المثل والمسمى لا على احد
منهما بعينه فهل هذا حكم اخر غير ما ذكره المص وقاضيخان او هذا تفصيل لما ذكره
المص وقاضيخان قلنا هو تفصيل له لان مرادهم بالاقل هو اجر المثل الذي لا يزاد على
المسمى اما اذا كان الاقل اجر المثل فظاهر واما اذا كان الاقل هو المسمى فلان الواجب
ليس المسمى بل اجر المثل ايضا لما رضي بسقوط الزيادة على المسمى من اجر مثله الزمناه
بمقدار المسمى من اجر مثله ثم لا يخفى عليك ان ما ذكره المص اولى من ذلك التفصيل
لان اجر المثل لو كان مساويا للمسمى لا يصدق عليه ما ذكروه في هذا التفصيل واما قول
المص فيصدق عليه بلا كلفة هذا قول اصحابنا وقال زفر والشافعي تجب اجر المثل
بالغا ما بلغ بكل حال قياسا ببيع الاعيان فان البيع اذا فسد وجبت القيمة بالغة
ما بلغت لان المنافع بمنزلة الاعيان فتجب لها القيمة كما في الاعيان وكما في الفساد
لجهالة الاجرة او لعدم التسمية قلنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد
لضرورة حاجة الناس اليه فيكتفى بقدر الضرورة وهي تندفع بالصحيح منها
فلا يتعدى الى الفاسد الا انه تبع للصحيح فيعتبر معه فيثبت فيه ما يثبت
في الصحيح من البدل عادة وهو قدر اجر المثل بالغا ما بلغ الا انهما اذا تفقا على
مقدار معين في الفاسد فقد اسقطا الزيادة عليه فكان الواجب لزوم المسمى
ح بالغا ما بلغ لكن لما كانت التسمية فاسدة لم يجب من المسمى ما زاد على اجر المثل
فاستقر الواجب على ما هو الاقل من اجر المثل والمسمى اذا كانا مختلفين زيادة
ونقصانا بخلاف البيع لان العين متقوم بنفسه وهو الموجب الاصلي فان
صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بكذا صح العقد
في شهر فقط وفسد في الباقي للجهالة الا ان يسمي جملة الشهور مثل ان
يقول عشرة اشهر كل شهر بكذا وهذا لان الاصل ان كلمة كل ان دخلت فيما
لا نهاية ... صح في المجهول به الجل

لا نهاية له ينصرف الى الواحد لتيقنه ولتعذر العمل بالعموم لان جملة الشهور
مجهولة والبعض منها غير محصورة مجهول ايضا ومحصور ترجيح بلا مرجح
فصح العقد في الواحد لكونه معلوما وفسد في الباقي لكونه مجهولا كذا في الهداية
وشروحه والزيلعي وقال في المحيط السرخسي اختلف مشايخنا في جواز هذه الاجارة
في الشهر الثاني قيل انها فاسدة للجهالة الا انه اذا جاء الشهر الثاني ولم تفسخ
الاجارة انقلبت جائزة لكونه معلوما مثل الشهر الاول وكذلك في الشهر الثالث
والرابع والصحيح ان الاجارة في كل شهر جائزة لان كلمة كل يعم كل شهر وابتداء كل شهر
وانتهاؤه معلوم فكما جاز العقد في الشهر الاول جاز فيما عداه ايضا فاذا تم الشهر
كان لكل منهما ان ينقض الاجارة في الشهر الآتي وهل يلزم ان يكون النقض بمحضر من
الآخر او لا اختلف فيه المشايخ فمنهم من يقول انه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول
ابي حنيفة ومحمد ويصح على قول ابي يوسف ومنهم من يقول لا يصح بغير محضره بلا خلاف
قال في قاضيخان رجل اجر داره او حانوته كل شهر بدرهم كان لكل واحد منهما ان
يفسخ الاجارة عند تمام الشهر فان خرج المستاجر قبل تمام الشهر وخلف امراته ومتاعه
فيهما لم يكن للاجر ان يفسخ الاجارة مع المرأة لانها ليست بخصم فان اراد ان
يفسخ عند غيبة المستاجر قال بعضهم يواجر الدار من انسان اخر قبل تمام الشهر
فاذا تم هذا الشهر ينفسخ الاجارة الاولى وتنفذ الثانية فيخرج المرأة من الدار
وسلم الى الثاني وهو نظير ما قال ابو حنيفة ومحمد رجل باع شيئا على انه بالخيار ثلاثة ايام
ثم اراد ان يفسخ بحكم الخيار عند غيبة المشتري لا يجوز ذلك وان باعه من غيره جاز
وينقض البيع الاول هذا اذا كان المستاجر غائبا فان كان حاضرا وقد كان اجر داره
كل شهر متى تفسخ الاجارة قال بعضهم يقول المواجر للمستاجر في الشهر الاول فسخت
الاجارة التي بيننا في دار كذا اذا جاء راس الشهر وعامة المشايخ لم يجوزوا هذا الطريق
لان فيه تعليق الفسخ بمجيء الشهر وذا لا يجوز عند العامة كما لا يجوز تعليق الاجارة به
وقال بعضهم يقول المواجر في اخر الشهر مرة بعد اخرى فسخت الاجارة حتى يهل

يهل الهلال وفيه من الحرج ما لا يخفى وقال بعضهم يفسخ في الايام الثلاثة من
الشهر الثاني اعتبارا بايام الخيار وذلك باطل لان جواز ذلك في البيع عرف شرعا
بخلاف القياس فلا يقاس عليه الاجارة وذكر شمس الائمة السرخسي ان لكل واحد منهما
النقض عند راس الشهر لان سكنها من الشهر الثاني يوما او يومين لزم ولو قال
فسخت الاجارة بيننا راس الشهر الثاني جاز ذلك لان اضافة الاجارة جائزة
فكذلك اضافة الفسخ وقال بعضهم يفسخ في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها
وعليه الفتوى انتهى وهو ظاهر الرواية على ما ذكره المص وكل شهر اي غير الشهر الاول
سكن منه ساعة اي بدون فسخ العقد الاول صح العقد اي في ذلك الشهر لانه تم العقد
فيه لتراضيهما بالسكنى في اوله وكذا كل شهر سكن في اوله بعد هذا الشهر ايضا
فاذا صح فيه يلزمه الاجر المسمى ولا يكون لاحدهما الامتناع عن المضي للمستاجر ان سكن
فيه الى انقضاء الشهر وليس للموجر ان يخرجه الى انقضاء الشهر لسقوط حق
الفسخ واليه اشار بقوله وسقط حق الفسخ لان صحة العقد ينافيه هذا
هو القياس واختاره القدوري وبعض المشايخ وظاهر الرواية بقاؤه اي بقاء حق
الفسخ لكل منهما في الليلة الاولى ويومها من الشهر الداخل وفي الزيلعي وبه يفتى
لان فيما ذكره القدوري بعض الحرج لان فسخ العقد على هذا القول متعسر لان
المقصود هو الفسخ في راس الشهر الثاني وهو عبارة عن الساعة التي يهل فيها
الهلال على هذا القول فكلما اهل مضى راس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ بعد
مضي مدة الخيار وقبل ذلك فسخ قبل مجيء وقته وكلاهما لا يجوز الا بان يقول من
يريد الفسخ في خلال الشهر الاول فسخت العقد راس الشهر الآتي فتنفسخ العقد
اذا اهل الشهر فيكون هذا فسخا مضافا الى راس الشهر وعقد الاجارة يصح
مضافا الى المستقبل فكذا فسخه واما على ظاهر الرواية فراس الشهر هو اليوم
مع ليلته في العرف فيمكنهما الفسخ فيه هذا فيما اذا استاجر دارا كل شهر بكذا
بخلاف ما اذا استاجر دارا شهرا فسكن فيها شهرين فانه فيه اختلافا ففي

وليس للمؤجر ان يخرجه في اثنائه لانه كالبيع بالتعاطي

رواية الاصل لا يلزمه اجر الشهر الثاني وقال بكر وعن اصحابنا انه يجب اجر الشهر
الثاني وروي عن الكرخي وابن سلمة التوفيق بين الروايتين بالحمل على المعد
للاستغلال وعلى غير المعد له من غير فصل بين الحمام والدار فقالوا اذا لم يكن معدا
للاستغلال لا يلزمه اجر الشهر الثاني وان كان معدا للاستغلال سواء كان دارا او
حماما او ارضا يلزمه اجر الشهر الثاني وقال الصدر الشهيد والامام قاضيخان
وعليه الفتوى هكذا ذكره في قاضيخان والبزازية ثم ذكر في البزازية ولا تصير
الدار معدة للاستغلال بالاجارة سنة او سنتين او اكثر الا اذا بناها لذلك
او اشتريها لذلك ولا تصير معدة للاستغلال في حق المشتري باعداد البايع
للاستغلال ومن سكن دار الوقف او اليتيم باهله واتباعه فاجر المثل على الرجل
المتبوع رهن دارا لغيره وهي معدة للاستغلال فسكنها المرتهن لا يلزم الاجر

مطلب رهن دارا لغيره فسكن المرتهن لا يلزم الاجر

فان السكنى بتاويل الملك كتب سكنها احد الشركاء بلا عقد لا يلزم وان كانت معدة
للاستغلال وكذا السكنى بتاويل العقد كعقد الرهن وبه افتيت وهل يصير الارض

مطلب دار مشتركة بين يتيم وبالغ سكنها البالغ كلها لا يجب اجر مثل

وحجر الفصاد ففي القنية والملتقط انهما يصيران معدة للاستغلال مثل الدار وكذا
الحيوان مثل الابل والفرس هكذا ذكره ثم ذكر فيها بعد اسطر والسكنى بتاويل الملك
او عقد في الوقف لا يمنع لزوم اجر المثل وقيل دار اليتيم كالوقف واجاب بخط الائمة في دار
مشتركة بين يتيم وبالغ سكنها البالغ كلها لا يجب اجر مثل حصة الصغير كما في الكبيرين
بخلاف الوقف قيل له فما تختار فيمن سكن دار اليتيم غير الشريك بغير عقد قال
اختار عدم لزوم الاجر بخلاف الوقف وذكر قبل هذا والفتوى في غصب دور الوقف وعقاره
على الضمان كما في منافعه وكذا اليتيم والامام ظهير الدين افتى باجر المثل في الوقف لا في اليتيم ومن
المشايخ من قال اذا كان ضمان النقصان خيرا لليتيم من اجر المثل يلزم ذلك على الغاصب
والا اجر المثل وكذا قاله فيمن سكن دارا او حانوتا للوقف واليتيم بعد الاجارة يجب
حرهما للوقف واليتيم ثم ذكر فيها ايضا متولي الوقف باع الوقف ثم عزل ونصب اخر
فادعى الثاني على المشتري الساكن انه وقف واخذه بحكم القاضي فعلى المشتري اجر المثل

المثل سواء كانت معدة للاستغلال او لا قال السيد في الملتقط والا ليق بمذهب
اصحابنا ان لا يجب الاجرة في البيع والرهن المستاجر اذا سكن بعد فسخ الاجارة
بتاويل ان له حق الحبس حتى يستوفي الاجر الذي اعطاه فعليه الاجرة اذا كانت
معدة للاستغلال في المختار وكذا في الوقف على المختار سكن المستاجر بعد موت
المواجر قيل يجب الاجر بكل حال لانه ماض على الاجارة والمختار للفتوى عدم الاجر
قبل طلب الاجر اما اذا سكن بعد طلب الاجر يلزم الاجر لانه بعد طلب رب الدار
الاجر يكون التزاما منه ولا فرق فيه بين المعد للاستغلال وغيره وانما الفرق في
ابتداء الطلب وفي المحيط الصحيح لزوم الاجر اي معدا للاستغلال بكل حال الكل في البزازية
وقال في العمادية اشترى دارا وسكن فيها ثم ظهر انها وقف او كانت للصغير
يجب عليه اجر المثل صيانة للوقف والصغير هذا في مال الصغير وهل يلزم الاجر في

مطلب هل يلزم الاجر في استخدام الصغير

استعمال الصغير ايضا ففي البزازية يتيم لا اب له ولا ام له ايضا استعمله قرباؤه
مدة في اعمال شتى بلا اذن الحاكم وبلا اجارة له طلب اجر المثل بعد البلوغ ان كان
ما يعطونه من الكسوة والكفاية لا يساوي اجر المثل قعد صبيا مع رجل يعمل معه
فاتخذ له هذا الرجل كسوة ثم بدا للصبي ان لا يعمل معه قال ان كان اعطاه كرباسا
والصبي هو الذي تكفل خياطته لم يكن للرجل على الكسوة سبيل قال في اجارات الاشباه
ويستثنى من مال اليتيم مسئلة سكنت ام اليتيم مع زوجها في دار اليتيم ليس لهما
ذلك ولا اجر عليهما كذا في وصايا القنية وقال في احكام الصغار للاستروشني من
مسائل الاجارات سئل صاحب المحيط عن امرأة لها ولد صغير وللصغير دار هل لها
ان تسكن في دار ولدها قال ان لم يكن لها زوج لها ذلك بحكم الحاجة وان كان لها زوج
ليس لها ذلك لان سكناها واجب على الزوج فلا يكون محتاجة الى السكنى وكذلك
ان كان لها مال وان سكنتها بغير امر الزوج هل تأثم قال نعم وهل يجب عليها اجر
المثل قال ينظر ان كان للصغير يد قائمة بحيث يقدر على المنع والتسليم بان كان الولد
ولد عشر سنين لا اجر عليها لانه لم يوجد التسليم وان لم يكن للصغير يد بان كان

اقل من عشر سنين يجب عليها اجر المثل على جواب المشايخ اما على جواب الكتاب
فلا اجر عليها لانها صارت غاصبة والفتوى على جواب المشايخ وقال القاضي الامام فخر الدين
جاز للام ان تسكن دار ولدها الصغير وان كان لها زوج ولا يجب عليها اجر المثل واعلم ان
في مواضع يجب اجر المثل منها الاجارة الفاسدة يجب بالغا ما بلغ او ما لا يزاد على المسمى
على ما تقدم بيانه ومنها انه لو عمل له شيئا ولم يسم له شيئا من الاجرة وكان الصانع
معروفا بتلك الصنعة وجب اجر المثل على قول محمد وبه يفتى ومنها في غصب المنافع اذا كان
المغصوب مال يتيم او وقفا او معدا للاستغلال فانه يلزم اجر المثل فيها على المفتى به ولا يسقط
شبهة الملك او العقد في مال اليتيم والوقف ويسقط في المعد للاستغلال لكن هذا
فيما اذا استعمل الغاصب مال الوقف واليتيم والمعد للاستغلال واتلف منافعها
واما اذا غصب واحدا منها واجرها الى اخر باجرة معلومة فعلى المستاجر ما سمي من الاجرة
للموجر الغاصب ويلزم الغاصب ان يرد ما قبضه من المسمى على المالك المغصوب منه ومنها
اذا فسدت الشركة بان كان المال لاحدهما فقط وعلى المساقاة والمزارعة كان للعامل اجر
المثل ومنها اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع فانه يترك باجر المثل الى الحصاد
ومنها اذا فسدت المضاربة فللعامل اجر مثله ومنها عامل الزكوة يستحق اجر مثل
عمله بقدر ما يكفيه واعوانه ومنها الناظر على الوقف اذا لم يشترط له الواقف فله اجر
مثل عمله اذا عين له القاضي والا فلا شيء له وقيل له اجر مثل عمله وان لم يشترط له القاضي
ومنها الوصي اذا نصبه القاضي وعين له اجرا بقدر اجر مثله جاز ومنها القسام لو
لم يستاجر يعين له اجر مثل عمله ومنها القاضي يستحق اجر مثل كتابة المحاضر والسجلات
وكذا المفتي يستحق اجر مثل كتابة الفتوى وان استاجرها اي الدار والحانوت سنة
بكذا صح العقد وان لم يبين قسط كل شهر لان المنفعة صارت معلومة ببيان
المدة والاجرة معلومة ايضا فتصح وان لم تقسم الاجرة على اجزاء المدة فصار كما
اذا استاجر شهرا بكذا بدون بيان قسط كل يوم فاذا صح تقسيم الاجرة بين كل شهر فاذا
على السواء لعدم المرجح وابتداء المدة اي مدة الاجارة ما سمي اي ان وجد التسمية

مطلب القاضي والمفتي يستحق الاجر

التسمية بان يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا والا اي وان لم يسم شيئا
من المدة فوقت العقد لان الاوقات كلها في حق الاجارة سواء وفي مثله يتعين
الزمان الذي يتعقب السبب كما اذا حلف لا يكلم فلانا شهرا لانه لو لم يتعين ما يعقبه
السبب لصار مجهولا فتبطل الاجارة والظاهر من حال العاقل ان يقصد الصحة فيتعين
عقيب العقد لعدم المزاحم له بخلاف ما اذا قال لله علي ان اصوم شهرا حيث
لا يتعين الشهر الذي يتعقب نذره ما لم يعينه لان الاوقات في الصوم ليست كلها
على السوية لان الليالي ليست بمحل له ولا بد له من النية عقيب النذر اذ لا يصير شارعا
فيه بدون النية وربما لا يقترن النية بالسبب فلا يتعين عقيب السبب بدون التعيين
فان كان العقد حين يهل على بناء المفعول اي يرى الهلال تعتبر شهور السنة بالاهلة
لان الاهلة اصل في الشهور العربية فمهما كان العمل به ممكنا لا يصار الى غيره والا اي
وان لم يكن العقد حين يهل بل في اثناء الشهر فبالايام عند الامام كل شهر ثلاثون
يوما فالسنة ثلثمائة وستين يوما وعند محمد الاول بالايام والباقي من الشهور
بالاهلة يكمل ما بقي من الشهر الاول من الايام من الشهر الثاني من شهور تلك
السنة وهي احد عشر شهرا بالهلال لان الايام انما يصار اليها ضرورة والضرورة
في الاول دون ما عداه فيقتصر على محل الضرورة ويكمل من الاخير وللامام ان تمام الاول
واجب ضرورة تسمية شهر وتمامه انما يكون ببعض الثاني فاذا تم الاول بالايام
ابتدأ الثاني بالايام ايضا ضرورة وكذا الى اخر السنة لانا لو اعتبرنا الاول بالايام والباقي
بالاهلة وتممنا الاول من الاخير كما قال محمد لزم ان يكون الثاني والثالث وما بعده
من الاشهر قبل الشهر الاول لان وجود الشيء بعد تمامه وهو محال فاعتبرنا كلها
بالايام نظيره ما قالوا في العدة من ان الطلاق ان كان في اول الشهر يعتبر الشهور
بالاهلة وان كان في وسط فبالايام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند الامام
وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطان بالاهلة وابو يوسف معه اي مع محمد
في رواية ومع الامام في رواية اخرى وكذا العدة وقد تقدم ويجوز اخذ اجرة الحمام

لعارف شاکر

مطلب بيان اجرة الحمام والحجام

اى من الداخل فيه للغسل والحجام اما الحمام فلجريان العرف بذلك والقياس عدم الجواز للجهالة ولكنه ترك لاجماع المسلمين على ذلك ولو دخل الحمام واعطى اجرة الحمام ولم يعط للحلاق والخادم شيئا ينظر ان كانا اجيرين للحمامي لا يلزمه اجرهما ان كانا عملا له والا يجب اجرهما استأجر حماما فى قرية فوقع الجلاء ونفر الناس عنها سقط الاجر ولو نفر بعض الناس وبقي البعض لا يسقط وان كان حماما للرجال وحماما للنساء او حدهما جميعا الا انه سمى فى الاجارة حماما جاز استحسانا قيل اذا كان باب الحمامين او الدهليز واحدا جاز ولو كان لكل باب لا يجوز وفى الخزانة سوى بينهما وهو الصحيح وان انكسر قدر الحمام سقط الاجر كذا فى الخلاصة والبزازية ومسائل ضمان الحمامي ذكرناها فى الوديعة. واما الحجام فلما روى انه صلى الله عليه وسلم احتجم واعطى الحجام اجره ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم بلا مانع فيصح وانما ذكرهما فى الاجارة الفاسدة مع جوازهما لان لبعض الناس فيه خلافا حيث كره بعضهم غلة الحمام وبعضهم فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فكره حمام النساء دون الرجال وكذا اجرة الحجام والصحيح عند العامة جواز دخول الحمام مطلقا للرجال والنساء بل حاجة النساء اليه اظهر من الرجال وكذا اخذ اجرته كيف وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم دخل حمام جحفة وتأويل ما رووه من الكراهة فى دخول الحمام محمول على الدخول مكشوف العورة وما رووه فى اجرة الحمام منسوخ على ما بين فى محله لا اخذ اجرة عسب التيس ولا على الطاعات

مطلب يجوز الدخول فى الحمام للنساء ولا يجوز الاجرة على الطاعات

كالاذان والحج والامامة وتعليم القران والفقه وكذا كل طاعة يختص بالمسلم كالتدريس والوعظ على ما فى البزازية لقوله صلى الله عليه وسلم اقرؤا القران ولا تاكلوا به ولقوله عليه الصلوة والسلام لعثمان ابن العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تاخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا يعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر عن غيره كما فى الصوم والصلوة والمعاصى كالغناء والنوح والملاهى لانه استيجار على المعصية فلا يستحق بالعقد ولو عمل لا اجر له وان استاجره ليكتب له غناء بالفارسية او بالعربية او غيرهما قيل لا يحل له الاجر والمختار انه يحل لان

٥٣٢

مطلب لا يجوز اخذ الاجرة على الغناء ويجوز على مكتوب المراة الى حبيبها

المعصية فى القراءة لا فى الكتب ولو استاجرته امرأة ليكتب لها كتابا الى حبيبها يجب الاجر ويطيب له الاجر ان بين الشرائط وذكر اعداد الخط وقدره كذا فى الخلاصة والبزازية ويفتى اليوم بالجواز على الامامة وتعليم القران والفقه لظهور التوانى فى الامور الدينية ففى الامتناع تضييع حفظ القران وانما كرهه المتقدمون ذلك لانه كان للمعلمين فى زمنهم عطيات من بيت المال وكانوا مستغنين عما لا بد لهم من معاشهم وقد كان فى الناس رغبة فى التعليم حسبة لله تعالى بخلاف زماننا فاذا جاز ذلك فان سموا الاجر فلهم المسمى والا فلهم اجر المثل بخلاف قراءة القران

مطلب هل يجوز قراءة القران بالاجرة

بالاجرة للميت كما اعتاده الناس اذ لا ضرورة فى قراءته بالاجرة فلا تجوز قياسا على تعليم القران والفقه كما ظنه بعض الجهلة وجوزها ولان الاجرة تمليك المنفعة ولا يمكن التمليك فى القراءة للميت لان المطلوب هنا هو وصول الثواب وهو من امور الاخرة ولا يقدر العبد تمليكه بل هو محض فضل الله تعالى بخلاف التعليم لانه فعل المعلم يحصل للمتعلم بسببه العلم فيستحق الاجرة فى مقابلته ولان القراءة عبادة بدنية محضة كالصلوة فلا يجوز اخذ الاجرة كما فى الصلوة اتفاقا بخلاف التعليم لان فيه جهتين حصول الثواب للمعلم وحصول العلم للمتعلم فبالاعتبار الثانى يصح الاجرة دون الاول ويدل ايضا على صحة ما قلنا ما ذكروا فى كتاب الوصية فانه قال فى المحيط السرخسى اوصى لقارئ القران يقرأ عند قبره بشئ فالوصية باطلة لان اخذ الشئ للقراءة بمنزلة الاجرة على القراءة وذا لا يجوز وفى المحيط البرهانى لا معنى لهذه الوصية لان هذا بمنزلة الاجرة والاجارة فى ذلك باطلة وهو بدعة ولم يفعلها احد من الخلفاء وقال فى الاختيار واخذ الشئ للقراءة لا يجوز لانه كالاجرة وفى البزازية اوصى لقارئ القران يقرأ عند قبره بشئ فالوصية باطلة وفى القنية وكذا الوقف لا يصح وقيل انه يصح ويجبر المستأجر على دفع ما سمى ويحبس به وكذا على دفع اجر المثل فيما لا تسمية له وعلى دفع الحلوة المرسومة وكذا على دفع العيدى ونحو شنبهى على ما فى البزازية ولا تصح اجارة المشاع سواء كان نصيبه معلوما كالربع ونحوه او مجهولا الا

من شريكه هذا عند ابح وعندهما تصح مطلقا اى من شريكه وغيره لان المشاع له منفعة ولهذا يجب اجر المثل عنده وما له منفعة يصح ان يرد عليه عقد الاجارة لانه عقد على المنافع فكان المقتضى موجودا والمانع وهو عدم القدرة على التسليم مرتفعا لانه يمكنه بالتخلية او بالتهائى فصار كما اذا اجر من شريكه وفى الزيلعى نقلا عن المغنى الفتوى فى اجارة المشاع على قولهما ولابح انه اجر ما لا يقدر على تسليمه لان تسليم المشاع وحده سواء كان محتملا للقسمة كالدار او لا كالعبد غير متصور فلا تصح اجارته والتخلية لم تعتبر تسليما لذاتها حيث اعتبرت بل لكونها تمكينا والتمكين هو الفعل الذى يحصل به التمكن والتمكن فى المشاع غير حاصل ولا معتبر بالعلة عند فوات المعلول واما التهائى فهو من احكام العقد بواسطة الملك فيكون متاخرا عنه لان حكم الشئ يتاخر عنه والعقد منتف لانتفاء شرطه وهو القدرة على التسليم فلا يمكن اثباته بالتهائى المتاخر عنه بخلاف ما اذا اجر من شريكه فان الكل يحدث على ملكه فلا شيوع يمنع التسليم والتسلم لان النصف بحكم الملك والنصف الاخر بحكم الاجارة ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد الحاجة بخلاف الهبة والرهن حيث لا يجوز فى المشاع اصلا ولو للشريك لان المقصود فى الهبة هو القبض التام وفى الرهن هو الحبس التام وكلاهما لا يتصوران فى الشايع ولو للشريك واما المقصود الاصلى فى الاجارة هو المنفعة وهو ليس بمتعذر وانما التعذر هو التسلم وذلك لا يوجد فى حق الشريك ويجوز ان يكون الشئ الواحد وهو الشيوع مانعا الحكم دون حكم وقال القاضى اجارة المشاع فيما يقسم وما لا يقسم فاسد فى قول ابح وعليه الفتوى وهكذا فى فتاوى الصغرى وقال فى الحقايق الفتوى على قول ابح وما ذكره الزيلعى نقلا عن المغنى من ان الفتوى فى اجارة المشاع على قولهما شاذ ومجهول القائل كذا فى فتاوى الانقروى فان اجر داره من رجلين اى بعقد واحد صح اتفاقا لان العقد اضيف الى الكل ولا شيوع فيه لوقوع التسليم جملة وانما الشيوع يظهر حكما لتفرق الملك فيما بينهما وهو طار على التسليم والشيوع الطارى على التسليم لا يفسد العقد وكذا اذا مات احد المستاجرين بقى العقد فى نصيب الحى شايعا لكونه طاريا وانما ينفسخ

ينفسخ العقد فى نصيب الميت وهذا لان الشيوع انما كان مفسدا لكونه مانعا من القبض ولا حاجة اليه بعد القبض ولو اجر رجلان دارا مشتركة بينهما من رجل جاز ايضا لما ذكرنا فى عكسه وكذا لو مات احد الموجرين يبقى العقد فى نصيب الحى وينفسخ فى نصيب الميت لما ذكرناه وكذا لو اجر كل داره ثم فسخا العقد فى نصفه يجوز فى الباقى بلا خلاف فى ظاهر المذهب لكون الشيوع طاريا وعن الامام ان الشيوع الطارى يرفع كما ان الشيوع المقارن يمنع ويجوز استيجار الظئر باجر معلوم لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن يعنى بعد الطلاق ولان التعامل به كان جاريا فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله واقرهم عليه بخلاف استيجار شاة ليرضع صبيا او جديا فانه لا يجوز لعدم العرف والتعامل به كذا فى البزازية ثم اختلفوا فى المعقود عليه فقيل هو المنافع وهو خدمتها للصبى والقيام بامور وتلقيم ثديها واللبن تبع له كالصبغ فى الثوب واختاره صاحب الهداية والذخيرة والايضاح وقيل هو اللبن والخدمة تابعة واختاره شمس الائمة السرخسى مستدلا بان المقصود هو اللبن وما سوى ذلك من الخدمة والقيام بمصالح الصبى تبع والعقد يرد على المقصود الاصلى ويؤيده ما قالوا انها لو ارضعته بلبن شاة او اطعمته بطعام لا تستحق الاجر على ما سيصرح به المص قالوا والاقرب الى الفقه هو الاول لان عقد الاجارة لا تنعقد على اتلاف الاعيان قصدا كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها ولا نم ان المقصود هو اللبن بل المقصود هو الارضاع وتلقيم الثدى وانتظام امر الصبى على وجه خاص يتعلق بامور ووسائط منها اللبن وانما لا يستحق الاجر فيما لو ارضعته بلبن شاة او اطعمته بطعام لانها لم تات بالواجب وهو الارضاع وتلقيم ثديها فان قيل ان ابن سماعة روى عن محمد انه قال ان استحقاق لبن الادمية بعقد الاجارة دليل على انه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة فهذه الرواية عنه دليل على القول الثانى فكيف يرجحون الاول بعد هذه الرواية عن امام الفن اجيب عنه بانه ليس بظاهر الرواية ولو سلم فنحن ما منعنا ان يستحق اللبن بعقد الاجارة وانما الكلام فى استحقاقه من حيث كونه مقصودا او تبعا وليس

مطلب
يجوز استيجار الظئر

بالنهزه دهي المرضعة لولده دون امه التي في نكاحه

ط لان العادة جرت بالاصطلاح على ذلك وهذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لجريان التوسعة فى الباب على الظئر رفقا بالولد وفى التنزيل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن فان مقتضاه الجواز بمؤنة المرضعة والانفاق اجارة فيهن للرضاع فعليه مؤنتها كالزوجة للاستمتاع

فى كلام محمد مال على شىء من ذلك وكذا اى يجوز استيجار الظئر بطعامها وكسوتها
لما جاز باجر معلوم كسائر الاجارات عند ابى ح خلافا لهما حيث قالا لا يجوز استيجارها
بطعامها وكسوتها كما لا يجوز استيجار الطباخة بطعامها وكسوتها وهو قول زفر
والشافعى ايضا وهو القياس لان الاجرة وهو الطعام والكسوة مجهولة ولابى ح
ان العادة جارية بالتوسعة على الاظئار شفقة على الاولاد وذلك يرفع الجهالة بخلاف
استيجار الطباخة والخبازة بطعامهما وكسوتهما لان الجهالة فيها تفضى الى المنازعة
لان العادة فى امثالها المماكسة والمضايقة لا التوسعة وذكر فى الجامع الصغير ان سمى الطعام
دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها جاز اى بالاجماع لزوال الجهالة وقالوا
معنى قوله سمى الطعام دراهم ان يجعل الاجر دراهم ثم يدفع الطعام مكانه فيكون
معناه ان يسمى بدل الطعام دراهم بحذف المضاف ولكنه تاويل غير ظاهر من عبارته
ولو سمى الطعام وبين قدره وجنسه جاز بالاجماع لزوال الجهالة ولا يشترط
تاجيله لان المقدرات الموصوفة فى الذمة اثمان ولا يشترط فى الثمن ان يكون
مؤجلا بل يجوز حالا ومؤجلا ويشترط بيان مكان الايفاء عند ابى ح خلافا لهما
على ما تقدم فى السلم وفى الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان الجنس والقدر
لانه انما يثبت دينا فى الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما فى السلم
فيشترط فيه ما يشترط فى السلم وعليها اى على الظئر غسل الصبى وغسل ثيابه
واصلاح طعامه ودهنه لان هذه المنافع معقود عليها اما قصدا على ما اختاره صاحب
الهداية والذخيرة والايضاح او تبعا على ما اختاره الامام السرخسى وعلى القولين
لا بد منها لا ثمن شىء منها اى من ثياب الصبى وطعامه ودهنه لعدم دخوله فى العقد
اصلا بل هو اى ثمن كل من هذه الاشياء واجرها اى اجر الظئر على من نفقته اى
نفقة الصبى عليه وهو الاب ومن بعده من العصبات على الترتيب المعهود وقدم
فى باب الاولياء فان ارضعته فى المدة اى مدة الاجارة بلبن شاة او غذته بالغير
والخال المجتمعين من التغذية والضمير المنصوب للصبى بطعام فلا اجر لها

لها لعدم اتيانه بالواجب وهو الارضاع وتلقم ثديها وفى كلامه اشتباه لان قوله وعليها
غسل الصبى وغسل ثيابه الى قوله ودهنه يدل على ان المعقود عليه قصدا هو المنافع
المذكورة على ما اختاره الفرقة الاولى وقوله فان ارضعته فى المدة الى قوله فلا اجر لها
يدل على ان المعقود عليه قصدا هو اللبن على ما اختاره الفرقة الثانية لان هذا التفريع
انما يظهر على قولهم على ما ذكرناه ولو اتى بالواو بدل الفاء لكان اظهر ولزوجها
اى زوج الظئر وطؤها لانه حقه فلا يتمكن المستاجر ابطاله لا فى بيت المستاجر لان المنزل
له فيتمكن منعه وله اى للزوج فسخها اى عقد الاجارة للظئر ان لم يكن برضاه ان كان
نكاحه ظاهرا بين الناس والقياس ان يفسخها مطلقا لان له ان يمنعها من الخروج وان
يمنع الصبى من الدخول عليها ولان الارضاع والسهر بالليل يضعفها ويذهب جمالها
فكان له المنع منها كما يمنعها من الصوم تطوعا لكنه لما اسقط حقه برضاه بالاجارة
لم يكن له حق الفسخ فبقى فيما لم يرض على القياس سواء كان يشينه اجارتها بان كان
وجيها بين الناس او لا يشينه فى الاصح على ما فى الزيلعى لا ان اقرت به اى لا يسوغ له الفسخ
ان ثبت النكاح بينهما باقرارها وكذا باقرارهما ايضا لانهما لا يصدقان بقولهما فى
حق المستاجر كما اذا اقرت المنكوحة المجهولة بالرق لا نسان تصدق فى الرق لا فى حق
بطلان النكاح ولاهل الطفل من ابيه او امه او غيره فسخها ان مرضت الظئر او حبلت
لان لبن الحامل والمريضة يضر الولد والاجارة مما تفسخ بالاعذار وكذا له الفسخ لو تقيا
الصبى لبنها لانه يضر الصبى وكذا لو كانت سارقة او فاجرة بخلاف ما اذا كانت كافرة
لان كفرها من اعتقادها ولا يضر ذلك الطفل وفى البزازية لو استاجر مطلقته الرجعى او امراته
لارضاع ولده لا اجر لها والمعتدة من باين او ثلاث فى ظاهر الرواية يستحق وفى رواية لا
استاجر الرجل امه او بنته او اخته لارضاع ولده جاز وكذا كل ذات رحم محرم استاجر
معتدته بعد انقضاء عدتها جاز ثم تزوجها لا ترتفع مسلمة ترضع ولدا كافرا بالاجر
جاز استاجر مدبرته للارضاع او للخدمة او للطبخ او لعمل آخر لا يجوز وفسد استيجار
حائك لينسج له غزلا بنصفه او حمارا ليحمل عليه طعاما بقفيز منه او ثورا ليطحن
بر كذا
او ربعه نسجا لان الاجر حاصل من فعل الاجير فلا يتم الغرض بالتسليم

مطلب احكام قفيز الطحان

له برا بقفيز من دقيقه لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قفيز الطحان وهو ان يستاجر
ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقها ومسئلة الحائك وحمل الحمار في معناه في جعل
الاجرة بعض ما يخرج من عمله وهو المعنى في النهي عن قفيز الطحان لان المستاجر لا يقدر
على تسليم الاجرة لانها بعض عمل الاجير فلا يحصل الا بعمله والشخص لا يقدر بقدرة
غيره والحيلة في جوازها ان يشترط ذراع ثوب مطلقا او قفيزا مطلقا من غير ان
يشترط انه من الثوب المنسوج او من المحمول على الدابة او من المطحون فيجب في ذمة المستاجر
ثم يعطيه منه ومشايخ بلخ جوزوا نسج الثوب ببعض المنسوج وحمل الطعام ببعض
المحمول للتعامل بينهم وقالوا ان القياس قد يترك بالعرف كالاستصناع فانه ترك فيه
القياس للتعامل فيترك فيهما ايضا القياس على مسئلة قفيز الطحان للعرف ولئن
قيل ان عدم جوازهما ليس بالقياس عليها بل بدلالة نص النهي عن قفيز الطحان
قالوا دلالة النص قد يخصص ايضا بالعرف فخصصناه به ومشايخنا قالوا ان
القياس والنص قد يترك ويخص بالعرف العام لا العرف الخاص والعرف في هاتين
المسئلتين خاص ببلدهم لا جميع البلدان كما في الاستصناع فلا يترك به القياس
ولا يخص به دلالة النص على ان الدلالة لا عموم لها حتى يخص لان العموم والخصوص
من احوال الالفاظ على ما عرف في الاصول ويجب اجر المثل اي بعد العمل في الكل اي
في كل من المسائل المذكورة لان المستاجر استوفى منافعه في كل من الثلاثة بعقد
فاسد فيجب اجر مثله لا يجاوز المسمى لانه رضي بحط الزيادة بخلاف ما اشتركا
في الاحتطاب واحتطب احدهما وجمع الاخر فانه يجب اجر المثل بالغا ما بلغ عند
محمد لان المسمى وهو نصف الحطب هناك غير معلوم فلم يصح الحط وعند ابي يوسف
لا يجاوز باجره نصف ثمن ذلك لانه رضي بنصف المسمى حيث اشترك واما اذا
احتطبا معا فهما شريكان على السواء وبخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه
بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر اصلا لا المسمى ولا اجر المثل لان المستاجر ملك الاجير
اجرته في الحال بالتعجيل لان تسليم الاجرة بحكم التعجيل يوجب الملك في الاجرة على ما مر

ثم ان فصل المؤجر حاملا طعاما مشتركا بينهما ومن استاجر رجلا ليحمل طعاما مشتركا
بينهما لا يجب الاجر اصلا على ما سياتي بيانه والاصل ههنا ان المستاجر متى جعل المنسوج
والمحمول والمطحون كله لنفسه وشرط له الاجر من المنسوج والمحمول والمطحون فسدت
الاجارة للمعنى الذي ذكرناه فيجب اجر المثل بعد العمل وهو مسئلة الكتاب ومتى جعل بعض
المنسوج او المحمول له والبعض الباقي اجرة بطلت الاجارة فلا يستحق الاجر اصلا ولو
بعد العمل كالمسئلة التي ذكرناه حتى لو قال احمل هذا الكر الى بغداد بنصفه فانه لا يكون
شريكا فيه بل يكون الاجارة فاسدة كما في مسئلة الكتاب ولهذا قلنا فيما ذكرناه
بالنصف الاخر اشارة الى هذا وان استاجره ليخبز له اليوم قفيزا بدرهم فسد
العقد عند ابي حنيفة خلافا لهما لان المعقود عليه هو العمل على ما يدل عليه ذكره وهو معلوم
فيصح العقد عليه حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في
اليوم فعليه ان يعمل في الغد ايضا لان المقصود هو العمل وذكر الوقت للتعجيل لا التعليق
العقد به ولابي حنيفة ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يدل على انه هو المنفعة وذكر
العمل يدل على انه هو العمل وليس احدهما اولى من الاخر والجهالة المفضية الى النزاع
تفسد العقد وههنا كذلك لان نفع المستاجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيتنازعا
وجعل ذكر الوقت للتعجيل تحكم لتفاوت الاغراض فقد يكون للتعجيل وقد يكون لكون
المنفعة مطلوبة فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا قال ان خطته اليوم
فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم حيث ان اباح اجاز الشرط الاول
وجعل الوقت للتعجيل على ما سياتي هو ونظائره وكذا بينها وبين ما اذا استاجر رجلا
ليخبز له قفيز دقيق على ان يفرغ عنه اليوم فانها جائزة بالاجماع قلنا الفرق بينها
وبين الاولى ان نقصان الاجر للتاخير في المسئلة الاولى قرينة صارفة للوقت عن حقيقته
الى مجازه وهو التعجيل وليس في مسئلتنا قرينة كذلك حتى يراد به فيها التعجيل وبينها
وبين الثانية ان كلمة على فيها معنى الشرط فحيث جعله شرطا دل على ان مراده التعجيل
بخلاف مسئلتنا ولو قال في اليوم صح اتفاقا لان في الظرف والظروف قد لا يستغرق
العقد اي لصدق الظرفية على جميع اجزائه شيئا فشيئا

المظروف فكانه قال ان عملت في بعض اليوم وذلك يفيد التعجيل فكان العمل هو المعقود عليه
بخلاف قوله اليوم فان المنفعة يستغرق الوقت فيصلح ان يكون معقودا عليه ويلزم الجهالة
وان استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها صح العقد لان الزراعة يستحق
بالعقد ولا يتاتى الا بالكراب والسقي فكانا من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد
وعلى ان يثنيها من الاثناء وهو ان يعيد الحرث بالحراث بعد الحرث الاول وقيل المراد به
ان يرد الارض مكروبة او يكري نهرها او يسرقنها لا يصح لان هذه شروط لا يقتضيها العقد
وفيه منفعة لاحد العاقدين لبقاء اثره بعد انقضاء المدة وما هذا شانه يوجب الفساد لان
موجر الارض يصير مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة
وهو منهي عنه ثم ان كان المراد بالتثنية هو المعنى الثاني فظاهر انه ليس من مقتضيات العقد
وان كان الاول فيجب ان يكون هذا في موضع يخرج الارض الريع بالكراب مرة واحدة
وبلدة سنة لانه اذا كان في موضع لا يخرج الارض الا بالكراب مرتين او كانت يخرج بالكراب
مرة الا ان مدة الاجارة كانت سنين فانه لا يفسد العقد به لان الاول من مقتضيات
فالثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء اثره بعد المدة لانقضاء الاثر في
السنة الثالثة وهل ينقلب العقد صحيحا بالوفاء بالشرط قلت لا كما افتى به مشايخ
الاسلام وبه افتيت وهل يجوز الاجارة بشرط الخيار ثلاثة ايام وازيد في البزازية
استاجر على انه بالخيار ثلاثة ايام يجوز وعلى اكثر على الخلاف انتهى وكذا لا يصح ويفسد
الاستيجار للزراعة بزراعة وللركوب بركوب وللسكنى بسكنى وللبس بلبس
لان الاجارة جوزت على خلاف القياس للحاجة اليها ولا حاجة عند اتحاد الجنس
لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة فيبقى على الاصل فلا يجوز بخلاف ما اذا
اختلف جنس المنفعة كالركوب واللبس لان حاجة كل منهما الى المنفعة التي ليست
عنده باقية ثم اذا فسد العقد في الامور المذكورة يجب اجر المثل بعد الاستيفاء
في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا شيء عليه وقال الشافعي يجوز الاجارة في كلها
ولو بجنسها لان المنفعة عنده جعلت موجودة بالعقد فيكون بيع الموجود

بالموجود وان استاجر شريكه او حماره اي حمار شريكه لحمل طعام هو لهما
اي مشترك بينهما لا يلزمه الاجر لا المسمى ولا اجر المثل لانه استاجره لحمل نصيبه اذ لا
يتصور استيجاره لحمل نصيب شريكه وهو ظاهر ونصيبه غير معين لكونه شايعا
فاستيجاره هذا كان استيجارا لعمل لا وجود له لان الحمل لكونه فعلا حسيا لا يقع
الا على معين وقد عرفت ان نصيبه غير معين فكان المحل معدوما بانعدام المحل ينعدم
الفعل ايضا فكان الحمل معدوما فبطل استيجاره ولان حامل الشايع ما يحمل جزءا الا
وهو شريك له فيه فكان عاملا لنفسه فلم يستحق اجرا على غيره لعدم تحقق التسليم
اليه بخلاف الدار المشتركة فان المعقود عليه ثم المنفعة ويتحقق تسليمها
بدون وضع الطعام فيه فانه اذا سلم البيت ولم يضع فيه الطعام اصلا وجب
عليه الاجر واما المعقود عليه فيما نحن فيه هو العمل وتسليمه في الشايع غير متصور
وبخلاف العبد المشترك فان المعقود عليه هناك انما هو نصيب صاحبه وهو امر حكمي
يمكن ايقاعه في الشايع فالضابط هنا ان كل موضع لا يجب فيه الاجر الا بايقاع
عمل في العين المشترك لا يجب وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة
والسفينة المشتركة لحمل الطعام المشترك كراهن استاجر الرهن من المرتهن
فانه لا يجوز لانه ملكه والمرتهن ليس بمالك حتى يوجره منه ولان حقيقة الاجارة
هي تمليك المنافع ولا يملك تمليكها اذ التمليك من غير المالك محال والراهن انما يتمكن
من الانتفاع به من حيث انه مالك له اذ الملك هو المطلق للتصرف الا انه ممنوع منه
بسبب تعلق حق المرتهن فاذا بطل حقه في الايجار له صار منتفعا به على انه ملكه بزوال
المانع وفي الحاوي القدسي لا يجوز اجارة الرهن من الراهن ولا من المرتهن ولا من الاجنبي
فان اجر خرج عن كونه رهنا ولا يعود اليه الا بعقد جديد انتهى وان استاجر ارضا
ولم يذكر انه يزرعها او لم يبين ما يزرعها لا يصح ان لم يعمم لانه يصير المعقود
عليه مجهولا لان الارض كما تستاجر للزراعة يستاجر لغيرها ايضا كالبناء والغرس
وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض اكثر من غيره كالذرة والارز فانه يضرها

اكثر من الحنطة والشعير وجهالة المعقود عليه يفسد العقد لافضائها الى المنازعة
فلا بد من ان يبين اى نوع يزرع فيها او ان يوما يزرع فيها بان يقول على ان يزرع فيها
ما شاء لانه لما فوض اليه الخيرة ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع فان زرعها ومضى
الاجل عاد صحيحا وله المسمى هذا استحسان والقياس انه لا يجوز وهو قول زفر لانه اذا
وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد
فينقلب جائزا كما اذا سقط الاجل المجهول قبل مجيئه والخيار الزائد على ثلاثة ايام قبل
مجيء اليوم الرابع وهما على الخلاف بيننا وبين زفر وان استأجر حمارا الى مكة ولم يذكر
ما يحمل عليه فحمل المعتاد فتفق اى هلك لا يضمن لان العين امانة في يد المستأجر وان
كانت الاجارة فاسدة لان الفاسد معتبر بالصحيح لكونه مشروعا من وجه لانه مشروع
باصله دون وصفه فلا يضمن ما لم يتعد فاذا تعدى ضمن والاجر عليه كما في الصحيح وان
بلغ المكة فله المسمى لان الفساد كان لجهالة ما يحمل عليها فاذا حمل عليها شيئا يحمل
على مثلها تعين ذلك فانقلب صحيحا لزوال الموجب للفساد وان اختصما قبل الزرع
اى في اجارة الارض والحمل في اجارة الدابة نقضت الاجارة للفساد اى رفعا للفساد
لان الفساد قائم قبل ان ترتفع الجهالة بالتسليم بالزرع والحمل ولو استأجر دابة ثم
جحد الاجارة في بعض الطريق وجب عليه اجر ما ركب قبل الانكار ولا يجب الاجر لما بعده
عند ابي يوسف لانه بالجحود صار غاصبا والاجر والضمان لا يجتمعان وقال محمد يجب الاجر كله
لانه سلم من الاستعمال فسقط الضمان كذا في الزيلعي وقال في البزازية استأجر دابة ليطحن بها
كل يوم بدرهم ان بين ما يطحن يجوز والا ذكر شمس الائمة الجواز وشيخ الاسلام عدمه حتى يبين
ما يطحن وبه يفتى اكترى من خوارزم الى بغداد دابة ليحج عليها ثم تنازعا في وقت الخروج
يوخذ بقول مريد الخروج في الوقت المعتاد الذي يخرج فيه اهل خوارزم **فصل**
الاجير المشترك من يعمل لغير واحد اعلم ان الاجراء على نوعين اجير مشترك واجير
خاص ويقال له اجير وحد ايضا واختلفت عباراتهم في تعريفهما قال بعضهم
الاجير المشترك من يعمل لغير واحد والاجير الخاص من يعمل لواحد وقال الشارح الزيلعي

اذا استأجر رجلا وصيا للخياطة او الخبز في بيته غير مقيد بيوم او يومين كان اجيرا مشتركا والا لم يعمل لغيره

الزيلعي معنى قولهم من يعمل لغير واحد من لا يجب عليه ان يختص بواحد عمل لغيره او لم يعمل
ولا يشترط ان يكون عاملا لغير واحد بالفعل بل اذا عمل لواحد فهو ايضا مشترك اذا
كان بحيث لا يمتنع ولا يتعذر عليه ان يعمل لغيره ايضا وقال بعضهم الاجير المشترك من
يتقبل العمل من غير واحد والاجير الخاص من يتقبل العمل من واحد وهو قريب من الاول وقال
بعضهم الاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل معلوم والاجير الخاص من يكون
عقده واردا على منافعه في مدة او مسافة معينة توضيح هذا القول ما ذكره الكرخي كل من
يستحق الاجر بعمله دون تسليم نفسه اجير مشترك كالقصار والصباغ والخياط
وكل من يستحق الاجر بالوقت دون العمل فهو اجير خاص كرجل استأجر رجلا ليخدمه
شهرا بخمسة دراهم او كل شهر بخمسة دراهم او ليقصر معه او ليخيط معه سماه
كل شهر بكذا وكذا حاصله ان العقد في الاجير المشترك انما يقع على تسليم العمل لا على تسليم
النفس وفي الاجير الخاص يقع على تسليم النفس في المدة المعلومة او المسافة المعلومة لا على
تسليم العمل وقال القدوري الاجير المشترك من لا يستحق الاجر حتى يعمل والخاص من يستحق
الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل واعترض عليه بان هذا التعريف دوري لان هذا الحكم
لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك والخاص فيكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف
فيلزم الدور وبانه تعريف بالمفرد لان قوله من لا يستحق الاجر حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد
لا يصح عند المحققين واجيب عن الاول بانه قد علم من قبل في باب الاجر متى يستحق ان بعض
الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم تتوقف معرفة المعرف على معرفة المعرف فلا دور تامل وعن
الثاني بانه تعريف لفظي فلا يضر كونه مفردا اذا عرفت هذا فالمص عرفه اولا بقوله من يعمل لغير
واحد ثم جعل ما ذكره القدوري حكما من احكامه وعطف على تعريفه فقال ولا يستحق الاجر حتى
يعمل وهذا لما ذكرناه انفا ان عقده ينعقد على العمل لا على تسليم نفسه ثم مثله بقوله كالصباغ
والقصار وكذا النحاس والدلال والبتيم بان اجير مشترك كذا في العمادية نقلا عن التجريد وكذا
ان الخياط اجير مشترك على ما في العمادية ايضا واما الراعي والبقار ففي قاضيخان والعمادية والفصولين
ذكر محمد اذا استأجر راعيا او بقارا او قال استأجرتك لترعى غنمي هذه سنة كل شهر بكذا يكون

قائم ليسلم المعقود عليه للمستأجر وهو العمل لا بمجرد الاجير توفي وهو ...

الراعي والبقار اجيرا مشتركا الا اذا صرح بما هو حكم اجير وحد بان قال على ان لا ترعى معها غنم غيري فح يكون

اجير وحد ولو ورد العقد على المدة اولا بان قال استاجرتك شهرا بكذا لترعى غنمي كان اجير وحد الا ان

يذكر بعد ما هو حكم الاجير المشترك بان قال على ان لك ان ترعى مع غنمي غنم غيري فح يصير اجيرا مشتركا ويتغير

اول كلامه باخره ثم قال وكذا الحكم في حق من كان في معنى الراعي ثم على تقدير كون الراعي اجير وحد لو ماتت

من الاغنام واحدة لا يضمن ولا ينقص من الاجر شيء كما لا يضمن ولا ينقص منه شيء فيما لو ماتت الاغنام

كلها وعلى تقدير كونه اجيرا مشتركا لو ماتت من الاغنام غنم لا يضمن عندهم جميعا ثم الاجير الخاص

قد يكون لواحد وقد يكون لاثنين او ثلاثة فان كان لواحد لا يضمن ما هلك في يده الا بالتعدي والخلاف

وان كان لاثنين او ثلاثة يضمن ما هلك في يده مطلقا على ما سيأتي تفصيله واختلفوا في حارس

الخان والحمام والسوق باجر قيل انه اجير مشترك وقيل انه اجير خاص وفي العمادية وهو الصحيح وعليه الفتوى

والصابغ والنجار والبناء والغلاف والوراق والنساج والطباخ والملاح والحداد والحمال

والطحان والمكاري كلها اجير مشترك والمتاع في يده اي يد الاجير المشترك امانة لا يضمن ان

هلك وان وصلية شرط ضمانه وبه اي بعدم الضمان يفتى وهو المروي عن علي رضي الله عنه وهو قول

ابح وزفر والحسن قالوا انه لا يضمن سواء هلك بما يمكن التحرز عنه او لا يمكن التحرز عنه فلا يضمن

وهو القياس قال في الفصل الثاني عشر من اجارة الخلاصة الاجير المشترك كالقصار وغيره اذا

اذا ادعى رده على الاجر لا يصدق الا ببينة كذا روى هشام عن محمد وهذا الجواب مستقيم على قول

من يرى يد الاجير المشترك يد ضمان فاما من يرى يده يد امانة وهو ابوح يقبل قوله كالمودع انتهى

وعندهما وهو المروي عن عمر رضي الله عنه يضمن ان امكن التحرز منه كالغصب والسرقة بخلاف

ما لا يمكن التحرز عنه كالموت والحريق الغالب والعدو المكابر والغارة الغالبة ولاجل اختلاف

الصحابة والتابعين اختار المتاخرون الفتوى بالصلح على النصف وافتيت به مرارا قال

في العمادية نقلا عن اجارات الجامع عن ابي بكر انه اذا شرط على الاجير المشترك ان يضمن

لو هلك عنده يضمن في قولهم جميعا وانما لم يضمن عند ابح اذا لم يشترط عليه الضمان

واما اذا شرط عليه ذلك يضمن وقال الفقيه ابو جعفر الشرط وغير الشرط سواء لان اشتراط

الضمان على الامين باطل وبه ناخذ انتهى ولهذا اختاره المص ويضمن ما تلف بعمله

مطلب حارس الخان والحمام والسوق باجر قيل اجير مشترك وقيل اجير خاص

بعمله اتفاقا كتخريق الثوب من دقه وذكر في العمادية نقلا عن العيون لو دفع الى القصار ثوبا ليقصره له

بدانق فجعل يدفعه القصار فاستعان برب الثوب على دقه فدقه معه فتخرق الثوب قال محمد ان لم

يعلم من ايهما تخرق فالضمان على القصار لانه في يده وذكر الكرخي في مختصره روى بشر عن ابي

يوسف القصار اذا استعان بصاحب الثوب ان يدق معه ففعل وتخرق ولا يدرى من اي الدقين

تخرق وقد كان صحيحا قبل الدق فعلى القصار نصف القيمة وقال ابن سماعة عن محمد يجب كل

الضمان على القصار حتى يعلم انه تخرق من دق صاحبه اعتبر ابو يوسف حالة الشك ان من ايهما

ومحمد اعتبر قبض القصار وقال صاحب الذخيرة على قول ابح ينبغي ان لا يضمن القصار اصلا ما لم يعلم

انه تخرق من دقه لان يد الاجير المشترك يد امانة عنده ويد ضمان عندهما او يكون قوله كقول ابي يوسف

اعتبارا للاحوال واذا لم يتخرق الثوب هل يسقط من الاجر مقدار ما يخصه من عمل المالك قيل انه يسقط

وقيل لا يسقط والصحيح هو الاول واختاره شمس الائمة وكذلك لو جاء صاحب الثوب وخاط بعضه مع الخياط

ونسج بعض ثوبه مع النساج فانه يسقط من الاجر بقدر عمله على الصحيح ولو جفف القصار الثوب فمرت

به حمولة فمزقته لا ضمان عليه عند ابح لان الهلاك لم يكن من فعله وعندهما يضمن لان هذا مما يمكن

التحرز عنه هذا في دق القصار بنفسه واذا دق اجير القصار ثوبا من ثياب القصارة فخرقه او عصره فتخرق

لا ضمان عليه لان اجير القصار لا يضمن ما تخرق من عمله المأذون فيه الا ان يخالف لانه اجير وحد في حق القصار

ولم يخالف والاستاد ضامن لان عمل الاجير منقول اليه لانه عمل باذنه وان وطئ ثوبا فتخرق ان كان

ثوبا يوطأ مثله لا ضمان عليه بذلك لانه مأذون فيه من جهة الاستاد دلالة وان كان لا يوطأ

مثله يضمن سواء كان الثوب ثوب قصارة او لم يكن لانه غير مأذون بوطئ ما لا يوطأ مثله

من جهة الاستاد ولو حمل شيئا في بيت الاستاد باذنه فسقط على ثوب فتخرق فان كان من ثياب

القصارة لا يضمن الاجير ويضمن الاستاد وان لم يكن من ثياب القصارة يضمن الاجير وفي الوطئ يضمن

في الحالين اذا كان مما لا يوطأ مثله تلميذ القصار واجيره الخاص اذا اوقد نارا باذن الاستاد للسراج

فوقعت شرارة على ثوب لا ضمان على الاجير والتلميذ انما الضمان على الاستاد وان لم يكن من ثياب

القصارة ضمن الاجير اجير القصار اذا انفلتت منه المدقة فيما يدق من الثياب فوقعت

على ثوب فتخرق اما ان انفلتت او لا على الثوب قبل ان تقع على الخشبة التي يدق عليها او انفلتت

مطلب المسائل المتفرقة في القصار

بعد ما وقعت على الخشبة ففي الوجه الاول يجب الضمان على اجير القصار وفي الوجه الثاني يجب الضمان على
القصار قصار شمس ثوبا للقصارة فاحترق كان ضامنا وكذا اذا عصر الثوب فتخرق وان فعل ذلك
تلميذ القصار ولم يتعمد الفساد لا يضمن هو ويضمن الاستاذ والحاصل ان تلميذ القصار وسائر
الصنايع واجيرهم لا ضمان عليهم الا اذا تعدوا فيه وفيما لم يتعدوا فيه يضمن الاستاذ ولا يرجع عليهم
ومن هنا قالوا قصار سلم ثياب القصارة الى اجيره ليشمسها في المقصرة ويحفظها فنام الاجير
ثم رجع بالثياب وقد ضاع منها خمس قطع ولا يدري كيف ضاعت ومتى ضاعت ينظر ان لم يعلم
انه ضاع في حال نومه والضمان على القصار دون الاجير لعدم تحقق التعدي من الاجير وان
علم انه ضاع في حال نوم الاجير فالاجير ضامن لتعديه بترك الحفظ الواجب عليه وقيل
ان شاء صاحب الثوب ضمن القصار في الوجهين جميعا اخذا بقول الاهلين في الاجير المشترك
واما على قول الح لا ضمان على القصار فيه لان الهلاك لم يكن من عمله قال الفقيه ابو الليث
وبه ناخذ وعليه الفتوى قصاران يتقبلان الثياب من الناس فترك احدهما العمل ودفع
الثياب الى الاخر وذهب فضاع شيء لا يضمن الثاني ولا الاول بالدفع الى الثاني بخلاف ما اذا
كان الاول مودعا فان المودع يضمن بالدفع الى غيره اذا ضاع لان القصارين شريكان
فكان اخذ احدهما كاخذ صاحبه بخلاف المودع مع الغير ولو رهن القصار ثوب القصارة
بدين عند رجل ثم افتكه وقد اصاب الثوب نجاسة عند المرتهن فلما نظر اليه صاحب
الثوب كلف القصار بتطهير الثوب وازالة النجاسة فامتنع القصار عن ذلك فتشاجرا
وترك الثوب عند القصار فهلك الثوب عنده قالوا ان كانت النجاسة لا ينقص قيمة الثوب
لا شيء على القصار لانه وان صار مخالفا بالرهن الا انه لما افتكه فقد ارتفع الخلاف وعاد
الى ما قبل الخلاف فاذا خلى القصار بينه وبين المالك خرج من الضمان والنجاسة اذا لم تنقص
قيمة الثوب لا يعتبر وان كانت النجاسة ينقص قيمة الثوب كان على القصار ضمان النقصان
ويهلك الثوب امانة لانه خرج عن ضمان الثوب بالتخلية قصار وضع الثوب على الجب
في الحانوت واقعد ابن اخيه ليحفظ الحانوت وغاب القصار فدخل ابن اخيه الحانوت الاسفل
فطر الطرار الثوب قالوا ان كان الحانوت الاسفل بحال لو دخل انسان لا يغيب عن بصره الموضع

الموضع الذي كان فيه الثوب لا يجب الضمان وان كان بحال لو دخله انسان يغيب عن
بصره الموضع الذي كان فيه الثوب ينظر ان كان الصبي الذي اقعده القصار ضمه
الى القصار ابوه او امه او وصيه او لم يكن له احد من هولاء ولكن القصار ضمه
الى نفسه فالضمان على الصبي لانه ضيع بترك الحفظ الواجب عليه ولا ضمان على
القصار لان له ان يحفظ الثوب بيد ذلك الصبي كذا ذكره العمادي نقلا عن فتاوى
ابي الليث وهكذا ذكره الامام قاضيخان في فتاواه ثم قال وهذا الجواب انما يستقيم اذا
كان الصبي ماذونا لان الصبي الماذون يواخذ بضمان تضييع الوديعة اما اذا كان
محجورا فانه لا يواخذ باستهلاك الوديعة كما لو دل سارقا على الوديعة فانه
لم يضمن اذا كان محجورا فاذا كان هذا الصبي ماذونا كان الضمان عليه والا فلا
وان لم يكن الصبي منضما اليه من جهة ما ذكر ولم يكن في عيال القصار ولا تلميذا
له ولا اجيرا الا ان القصار اخذ بيده واقعده حافظا للحانوت فالضمان على
القصار لانه لما استحفظ من ليس في عياله يصير مستهلكا دفع ثوبه الى قصار
ليقصره فدفعه الى اخر فهلك في يد الثاني فان شرط على الاول ان يقصره بنفسه
يضمن بالدفع الى غيره وان لم يشترط ان يقصره بنفسه لا يضمن بالدفع الى غيره
رجل دفع ثوبا الى قصار ثم امر رجلا ان يقبض من القصار فدفع اليه القصار
غير ذلك فهلك الثوب في يد الوكيل فهل يضمن الوكيل قالوا لا شيء على الوكيل
ولرب الثوب ان يتبع القصار بثوبه كذا في العمادي وتعقبه الامام قاضيخان بان
عدم وجوب الضمان على الوكيل مشكل اذا كان الثوب الذي دفع اليه القصار
ثوب غيره لانه اخذ ثوب انسان بغير امره فيضمن بالهلاك وظن انه له
ليس بعذر لان الجهل في ذلك ليس بعذر فان كان الثوب الذي دفعه القصار
الى الرسول ثوب القصار لا يضمن الرسول بالهلاك وان كان ثوب غير القصار
فعلى الرسول الضمان ولصاحب الثوب الخيار ان شاء ضمن القصار وان شاء
ضمن الرسول فان ضمن القصار لا يرجع على الرسول وان ضمن الرسول يرجع على القصار

مطلب بيان عثرات الحمال وغرق السفينة

الكل في العمادى وزلق الحمال ذكر في الاصل لو استاجر حمالا ليحمل له دنّا خلا فعثر وانكسر
او سقط من رأسه فانكسر يضمن لانه تولد من عمله وهو العثار والزلق لكن هذا فيما اذا
انكسر في وسط الطريق قبل الوصول الى المكان المشروط اما اذا سقط من رأسه او زلق
رجله بعد وصوله الى المكان المشروط وانكسر الدنّ فلا ضمان عليه وله الاجر لانه انتهى
الى المكان المشروط لم يبق الحمل مضمونا عليه لانه صار مسلما الى صاحبه حتى لا يستحق الحبس
للاجر فله الاجر الكامل ولا ضمان عليه لان المتولد من عمل غير مضمون لا يكون مضمونا بخلاف
القصار اذا قصر الثوب وهلك عنده لا يضمن الثوب ولا يكون له الاجر لان عمل القصار
انما يكون لصاحب الثوب اذا سلم الثوب اليه ولم يوجد ولا كذلك الحمال اذا هلك الدنّ
في يده بعد الحمل لان الحمل وقع مسلما الى صاحب الدنّ ولهذا لا يملك حبسه للاجر ولو انكسر
الدنّ في وسط الطريق من غير عمله بان اصابه حجر من مكان او وقع عليه حائط او كسر
رجل وهو على رأسه فلا ضمان عليه عند ابي ح وعندهما يضمن اذا هلك بامر يمكن
الاحتراز عنه بناء على اختلافهم في الاجير المشترك ولو استاجر حمالا ليحمل له طعاما
الى مكان مسمى بدرهم فحمله اليه ثم ردّه الى ذلك المكان الذى حمله منه يسقط الاجر
عندنا خلافا لزفر لان الطعام بالوصول الى المكان المسمى صار مسلما الى صاحبه حكما ثم
ردّه بالمكان الاول صار غاصبا كما لو سلمه اليه حقيقة ثم اخذه منه ولا اجر على الغاصب
لو حمل متاعا على حمال وصاحب المتاع يمشى معه فعثر الحمال وسقط المتاع وفسد
فهو ضامن لانه من جناية يده بخلاف ما لو حمل صاحب الزق او المتاع مع الحمال ليضعاه
على رأس الحمال فوقع وتخرق الزق او المتاع لا يضمن الحمال لانه لم يسلم اليه المتاع لانه
في يد صاحبه بعد ولا ضمان على الحمال بدون التسليم كذا روى عن ابي يوسف بخلاف
ما اذا سرق المتاع من رأس الحمال ورب المتاع معه لا يضمن لعدم التعدى منه ويد
صاحب المتاع قائم على المتاع بعد كذا روى عن ابي يوسف وعند ابي ح لا يضمن
ايضا وان لم يكن صاحب المتاع معه وبخلاف ما لو حمله الحمال ثم وضع في بعض
الطريق ثم اراد رفعه فاستعان برب المتاع فرفعاه ليضعانه على رأس الحمال

الحمال فوقع المتاع وتخرق فالحمال ضامن لانه صار في ضمانه حين حمله ولم يبرأ منه
بعد لانه لم يسلمه الى صاحبه ولو حمله الحمال زق زيت الى بيت صاحبه ثم انزله الحمال مع صاحب
المتاع والزق من رأس الحمال فوقع من ايديهما وتخرق فاختلف فيه قال ابو ح الحمال
يضمن وهو قول محمد اولا لانه لم يسلمه الى صاحبه بعد ثم رجع محمد وقال لا يضمن
لان المتاع وصل الى صاحبه وقال الفقيه ابو الليث القياس انه يضمن الحمال النصف
لان الهلاك وقع من فعلهما وكثير من مشايخنا افتوا به ولو تشقت الحقيبة
بنفسها وخرج ما فيها قال ابو بكر ضمن الحمال كما اذا انقطع حبله وقال الفقيه ابو الليث
في قياس قول ابي ح لا يضمن وليس هذا مثل انقطاع الحبل لان ثمة التفريط كان من
قبل الحمال حيث شد الحمل بحبل واه وههنا التقصير جاء من قبل رب الحقيبة
وبه ناخذ وعليه الفتوى وانقطاع الحبل الذى يشدّ به المكارى لان الهلاك
حصل من تقصيره حيث شدّ الحمل بحبل واه فيضمن سواء كان صاحب المتاع يسير او يرر
معه خلف الدابة او لم يسر بها في العمادية نقلا عن الذخيرة اذا عثرت الدابة
المستاجرة وسقط المتاع وهلك وصاحب المتاع يسير معه خلف الدابة فالاجير
يضمن لان الهلاك حصل من جناية يده ومحل العمل سلم اليه لانه سلم المتاع
اليه وسيره معه خلف الدابة ليس باسترداد لما دفع اليه الا يرى انه بهذا
السير غير متمكن من الدابة فكيف يتمكن مما عليها وكذا يضمن المكارى بعثار الدابة
على ما صرح به في الفتاوى فقال في العمادية ولو كان على الدابة مملوك صغير لرب
المتاع فعثرت الدابة فوقعا فمات المملوك وفسد الحمل يضمن الحمل ولا يضمن
المملوك لان الدم مما لا يضمن بالعقد على ما سيصرح به في الكتاب ايضا بخلاف
المتاع فانه يضمن بالعقد ثم انما يضمن المتاع اذا كان المملوك مما لا يصلح للحفظ فان كان
يصلح لحفظ المتاع لا يضمن الاجير المتاع ايضا لانه في يد العبد ويد العبد كيد مالكه فكان بمنزلة
ما لو كان على الدابة وكيل المولى هذا كله فيما اذا لم يكن رب المتاع مع الاجير والا فلا
ضمان عليه فانهم قالوا لو كان رب المتاع والمكارى راكبين على الدابة المستاجرة

اوسائقين اوقائدين فعثرت الدابة وهلك المتاع الذي عليه لا ضمان على المكاري كما لو سرق
المتاع من راس الحمال ورب المتاع معه فلا ضمان على الحمال على ما تقدم لان يد صاحب المتاع
قائمة على المتاع وكذلك القطار اذا كان عليها حمولة ورب الحمولة على بعير فلا ضمان على الاجير
ولو دفع حملا الى مكار ليحمله الى موضع كذا وشرط عليه ان يسير ليلا وصاحب الحمل معه يسيران
ليلا فضاعت الدابة مع الحمل ان كان المكاري ضيع بترك الحفظ ضمن وان ضاعت من غير
تضييع لم يضمن عند ابي ح خلافا لهما قالوا وينبغي ان لا يضمن اذا كان رب المتاع معه
بلا خلاف قال الاستروشني قلت لا ادري ما الدليل على عدم الضمان بل الروايات صريحة في وجوب
الضمان هنا بالاجماع وغرق السفينة من مدها اي مد السفان السفينة لانه اجير مشترك
فيضمن بالتعدي قال في الصغرى اذا غرقت السفينة ان كان من ريح اصابها او موج او جبل
صدمها من غير مد الملاح وفعله لا يضمن بالاتفاق وان كان بفعله ان خالف بان جاوز
المعتاد يضمن بالاجماع وكذا اذا لم يجاوز المعتاد عندنا لانه اجير مشترك فيضمن بجناية
يده فكلام المص يحتمل الصورتين ما يتجاوز المعتاد وما لا يتجاوز وان دخل الماء السفينة
فافسد المتاع ان كان بفعله ومده يضمن عندنا وان كان لا بفعله ان لم يمكن التحرز عنه
لا يضمن اجماعا وان امكن التحرز عنه لا يضمن عند ابي ح وعندهما يضمن وهذا كله اذا لم يكن
رب المتاع او وكيله في السفينة والا لا ضمان عليه اصلا اذا لم يخالف بان لم يجاوز المعتاد
لكن لا يضمن السفان به اي بغرق السفينة الادمي ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة
وان كان غرقه وسقوطه من يد الملاح السفينة ومن سوق المكاري الدابة او قوده لان
الادمي لا يجب ضمانه بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا لا يتحمله العاقلة الا اذا كان من الجناية
وبالمد والسوق والقود لم يقصد الجناية عليه قيل هذا اذا كان الادمي كبيرا ممن يستمسك
على الدابة ويركب وحده والا فهو كالمتاع والصحيح هو الاول كذا في الزيلعي ولا يضمن فصاد
ولا بزاغ وكذا الحجام ولم يذكره اكتفاء بذكر الفصاد لاتحادهما في الحكم البزاغ بالنسبة
الى الحيوان مثل الحجام بالنسبة الى الانسان لم يجاوز المعتاد اذ لو تجاوز المعتاد ضمن
لجناية يده وانما لم يضمن فيما لم يتجاوز لانه التزم بالعقد فصدا واجبا عليه والفعل الواجب

مطلب بيان مسئلة الفصاد والحجام والختان

لا يجامع الضمان كما اذا حد القاضي او عزر فمات المضروب من ذلك الضرب لم يضمن
ولان ضمان الفصد والبزغ ضمان سراية لان الهلاك لم يكن مقارنا وانما هو بالسراية
بعد تسليم العمل وليس على هؤلاء ضمان السراية اذا لم يتجاوزوا المعتاد المأذون
فيه لان التحرز عن السراية غير ممكن لانها تبتني على قوة الطباع وضعفها في تحمل
الالم وما هو كذلك مجهول والاحتراز عن المجهول غير ممكن حتى لو شرط على هؤلاء
السلم الصلح من العمل دون الساري المفسد لا يصح الشرط ولا يفيد التقييد لانه ليس
في وسعهم ذلك بخلاف دق الثوب ونحوه لان الهلاك مقارن بعمله اعني الدق
قبل ان يخرج العمل من ضمان القصار والتحرز عنه ممكن لان قوة الثوب ودقته يعرف
بالنظر والاجتهاد فيصح التقييد بالشرط ويفيد والختان مثل الفصاد والبزاغ
واعلم انه علم من تقييده بقوله لم يجاوز المعتاد انه ان تجاوز المعتاد يضمن
كما ذكرناه لكن لم يعلم منه قدر الضمان على تقدير الحياة والموت قالوا ان قدر الضمان
بحسب قدر التجاوز حتى ان الختان اذا ختن فقطع الحشفة ان برئ ضمن كمال الدية
لان الحشفة عضو مقصود لا ثاني له في النفس فيتقدر بدله ببدل النفس كما في قطع
اللسان وان مات فعليه نصف بدل نفسه اي نصف الدية لانه لما مات فقد حصل تلف
النفس بفعلين احدهما ماذون فيه وهو قطع الجلدة والاخر غير ماذون فيه وهو
قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل النفس فان قيل التنصيف في البدل يعتمد
التساوي في التسبب وقد انتفى ذلك لان قطع الحشفة اشد افضاء الى التلف من
قطع الجلدة لا محالة فكان كقطع اليد مع حز الرقبة اجيب بان كل واحد يحتمل ان
يقع اتلافا وان لا يقع والتفاوت غير مضبوط فكان هدرا بخلاف الحز فانه لا يحتمل
ان لا يقع اتلافا ثم اعلم ان ما ذكره المص في الحر لا في الرق لانه يضمن العبد بالفصد
بدون اذن المولى وان لم يجاوز المعتاد لانه قال في العمادية سئل صاحب المحيط عن فصاد
جاء اليه غلام وقال افصدني ففصد فصدا معتادا فمات من ذلك السبب قال يضمن
الفصاد قيمة العبد ويكون على عاقلة الفصاد لانه خطأ وكذلك الصبي تجب ديته

على عاقلة الفصاد ولو انكسر دنّ في طريق الفرات اي من استأجر حمالاً ليحمل له دنّاً فوقع
في بعض الطريق فانكسر فللمالك ان يضمنه قيمته في مكان حمله اي المكان الذي حمله منه
ولا اجر للحمال او في مكان كسره وله الاجر بحسابه وانما وضع المسئلة في الفرات اباشاء
لان الدنان كانت تباع هناك في الفرات وهو وضع محمد في الجامع الصغير بثم وجوب
الضمان عليه فلانه اجير مشترك وقد تلف المتاع في يده بصنعه كما في تخريق الثوب
بالدق واما الخيار بين المكانين مع ان القياس يقتضي انه لا يخير عند ابي ح بل يضمنه قيمته
في المكان الذي انكسر لان المال عنده امانة في يد الاجير المشترك فاذا كان امانة وجب
ان لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه فلانه اذا انكسر في بعض الطريق والحمل شيء واحد
تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه ومن حيث ان ابتداء الحمل حصل باذنه
لم يكن تعديا وانما التعدي عند الكسر فيختار اي الجهتين شاء فان اختار الوجه
الثاني فله الاجر بقدر ما استوفى من العمل وان اختاره الوجه الاول فلا اجر له لانه
ما استوفى اصلا باعتبار هذا الوجه والاجير الخاص من يعمل لواحد وقد تقدم
منّا بعض ما يتعلق بتعريفه في الاجير المشترك ويسمى اجير وحد ايضا لانه يعمل
لواحد لا لغيره ويستحق الاجر بتسليم نفسه مدته اي مدة العقد لان تسليم
النفس هو المعقود عليه في الاجير الخاص واذا وجد يستحق الاجر وان لم يعمل لان العمل
اي تسليم المنفعة ليس بمعقود عليه حتى لو وجد مانع من تسليم النفس من المرض
الحسي او المطر او نحو ذلك مما يمنع التمكن من العمل لا يستحق الاجر وتحقيقه ان الاجير
الخاص متى سلم نفسه استحق المستأجر منافعه فاستحق الاجير في مقابلته الاجر
وان نقض العمل بخلاف الاجير المشترك فانه لا يستحق الاجر بنقض عمله لما ذكره في العناية
نقلا عن محمد في خياط خاط ثوب رجل باجر ففتقه رجل قبل ان يقبضه رب الثوب
فلا اجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على ان يعيد العمل
لانه لو اجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان
الخياط هو الذي فتق الثوب فعليه ان يعيد العمل لانه لما فتق الثوب فقد نقض

مسائل الراعي والبقار

نقض عمله فصار كان لم يكن فلا اجر له فعليه الاعادة حتى يستحق الاجر ولو كان اجيرا
خاصا فنقض يستحق الاجر انتهى كمن استوجر للخدمة سنة او لرعي الغنم وقد ذكرنا
ان الراعي والبقار قد يكون اجير وحد وقد يكون اجير مشترك وعلى تقدير كونه اجير
وحد على ما ذكره المص لو ماتت واحدة من الاغنام او البقر لا يضمن ولا ينقص شيء من
الاجر بحسابها كما لو ماتت الاغنام كلها لا ينقص الاجر ولو ضرب شاة منها ففقأ عينها
او كسر رجلها ضمن لان اجير الوحد يضمن بالخلاف والتعدي وقد خالف لان الضرب غير
داخل تحت العقد فيكون بالضرب مخالفا ومتعديا بالاتلاف بخلاف ما لو هلكت
بالتصييح والصفح او في السقي لانه ح لم يكن مخالفا لمقتضى العقد لان الغنم في العادة
يساق ويرعى بالتصييح ولا بد له من السقي ايضا فلا يعد ذلك خلافا ولو هلكت
من شدة سوق الراعي والبقار اختلفوا فيه قيل يضمن وقيل لا قال القاضي ظهير
ولو ان البقار ساق البقر وتناطحت فقتل بعضها بعضا في سوقه او استعجلها في السوق
فنفرت بقرة منها فتكسرت او ساقها في الماء ليشرب فوقعت في الماء يضمن البقار
ان كان مشتركا وان كان خاصا لا يضمن وهكذا ذكره الامام قاضيخان ثم قال ان
كان البقار اجير وحد لرجل لا يضمن وان كان مشتركا للقوم يضمن وذكر في
السير الكبير ان الاجير الخاص اذا عنف في السير فحدثت هذه العوارض يضمن
وذكر في الذخيرة ولو حدثت هذه العوارض من سوقه ان كان الراعي مشتركا
فهو ضامن على كل حال لان هذه جناية من يده وان كان خاصا ان كانت الاغنام
لواحد لا يضمن وان كانت الاغنام لاثنين او ثلاثة فهو ضامن وصورة الاجير
الخاص في حق الاثنين والثلاثة ان يستأجر رجلان او ثلاثة راعيا شهرا
يرعى غنما لها او لهم فقد فرق في حق الاجير الخاص بين ما اذا كانت الاغنام
لواحد وبين ما اذا كانت لاثنين او ثلاثة وحصل منه التوفيق بين ما ذكره الامامان
قاضي ظهير وقاضيخان من ان الاجير الخاص لا يضمن وبين ما ذكره في السير الكبير
من انه يضمن بحمل ما ذكره الامامان على ما كانت الاغنام لواحد وحمل ما ذكره

في السير على ما كانت الاغنام لاثنين او الثلاثة اذا كان الراعي اجيرا مشتركا فرعى
الغنم في موضع فعطبت واحدة منها او هلكت بآفة نحو الغرق في الماء وافتراس
السبع والسقوط من العلو وما اشبه ذلك فقال رب الغنم شرطت عليك
ان ترعى في غير هذا الموضع وقال الراعي لا بل اشترطت على الرعي في الموضع الذي
رعيتها فالقول قول رب الغنم بالاجماع حتى يضمن الراعي لان الاذن يستفاد
من جهته والبينة بينة الراعي حتى لا يضمن عند ابي ح لانه هو المدعي لانه يثبت
ما ليس بثابت وكذا اذا كان الراعي اجيرا خاصا واختلفا على نحو ما بينا
فالقول لرب الاغنام لما ذكرناه كذا في العمادية والفصولين وذكر في المحيط
اذا رعى في مكان لم يؤذن له بالرعي فعطبت الغنم او ما اشبهه صار الراعي
ضامنا فلا اجر له وان سلمت يجب له الاجر استحسانا راعي الرماك اذا
توهق برمكة فوقع الوهق في عنقها فماتت يضمن لان التوهيق لم يدخل
تحت الاذن وان فعل باذن صاحب الرمك لا يضمن سواء كان اجيرا مشتركا
او خاصا الراعي اذا خلط الغنم بعضها ببعض فان كان يقدر على التمييز
لا يضمن ويكون القول قوله انها لفلان وان كان خلطا لا يمكن التمييز يكون
ضامنا قيمتها والقول في مقدار القيمة قول الراعي ويعتبر قيمة الاغنام يوم الخلط
وان دفع الراعي غنم رجل الى غير صاحبه فاستهلكها المدفوع اليه واقر الراعي
بذلك ضمن الراعي ولا ضمان على المدفوع اليه ولو ندت بقرة من الباقورة وترك
الراعي اتباعها لحفظ الباقي وهو في وسعه لا ضمان عليه فيما ندت بالاجماع لو كان
اجيرا خاصا وان كان اجيرا مشتركا فكذلك عند ابي ح وعندهما يضمن وانما لا يضمن
عند ابي ح وان ترك الحفظ فيما ندت لان الامين انما يضمن بترك الحفظ اذا ترك
بغير عذر اما اذا ترك بعذر فلا يضمن وهنا ترك الحفظ فيما ندت بعذر حفظ
الباقي وعندهما يضمن لانه ترك الحفظ بعذر يمكن الاحتراز عنه بقار لاهل قرية
ولهم مرعى تلتف بالاشجار لا يمكنه النظر الى كل بقرة فضاعت بقرة لا يضمن ولو مرت

ولو مرت بقرة على قنطرة فدخل رجلها ثقبها فانكسرت او دخل في ماء عميق والبقار
لا يعلم فلم يسقه ضمن اذا امكن سوقه اهل موضع جرت العادة بينهم ان البقار
اذا دخل السرح في السكك يرسل كل بقرة في سكة صاحبها ففعل الراعي ذلك فضاعت
بقرة او شاة قبل ان يصل الى صاحبها لا ضمان عليه لان المعروف كالمشروط فلا يكون
خلافا البقار اذا شرط مع اصحاب البقور انا اذا دخلت البقور القرية الى موضع
كذا فانا بريء منها فالشرط جائز وهو بريء بخلاف ما اذا شرط على الراعي ضمان
ما مات فانه شرط فاسد يفسد العقد الكل في العمادية وفيها ايضا نقلا عن النوازل
امرأة بعثت بقرا الى البقار ثم جاء الرسول الى البقار وقال البقر لي واخذه من البقار
وهلك في يده فان قامت للمرأة بينة فلها ان يرجع على البقار بقيمة البقرة لانه
ظهر ان البقار وقع مالها الى غيرها بغير اذنها ثم لا يرجع البقار على الرسول
ان كان يعلم ان البقرة لها ومع ذلك دفع اليه وان لم يكن علم بذلك يرجع لانه
معذور وفي فوائد صاحب المحيط رجل بعث بقرة الى البقار على يدي رجل فجاء
الى البقار بهذه البقرة وقال ان فلانا بعث اليك بهذه البقرة فقال البقار
اذهب بها فاني لا اقبلها فذهب بها فهلكت في يد الرسول فالبقار ضامن
لانه اذا جاء بها الى البقار فقد انتهى الامر فيصير البقار امينا وليس للمودع
ان يودع وفي الذخيرة اهل قرية يرعون دوابهم بالنوبة فذهبت منها بقرة
في نوبة احدهم قال ابراهيم ابن يوسف فهو ضامن في قول من يضمن الاجير
المشترك وقال ابو الليث وعندي انه لا يضمن في قولهم جميعا لان كل واحد منهم
معين في رعيه لا اجير لانه لو جعل اجيرا كان ذلك مبادلة منفعة بمنفعة من جنسها
وذلك لا يجوز فكان معينا لا اجيرا والمعين لا يضمن ولو كان نوبة احدهم فلم
يذهب هو لكن استاجر رجلا ليحفظها فاخرج الباقورة الى المفازة ثم رجع
الى الاكل يعني الاجير ثم عاد وذهبت منها بقرة ينظر ان ضاعت بعد ما رجع
الاجير عن الاكل لا يضمن واحد منهما وان ضاعت قبل ذلك ضمن الاجير دون صاحب

النوبة لان له ان يحفظها باجرائه لكن هذا اذا لم يشترط عليه الحفظ بنفسه وّالا يضمن
بالدفع الى غيره ولا يضمن اى الاجير الخاص ما تلف فى يده او بعمله المادون اما
فيما تلف فى يده وذلك بان سرق من يده او غاب او غصب فلان العين امانة
فى يده لانه قبضه باذن صاحبه ولا ضمان على الامين بلا تعدٍ واما فيما تلف بعمله
وذلك بان انكسر القدوم فى عمله او انخرق الثوب من دقه فلوم بيد احدهما انه
سلم نفسه اليه صارت منافعه مملوكة له وصار هو نائبا منابه فى الفعل فكانه
فعل بنفسه فلا يضمن الا ان يخالف فح يضمن بالخلاف لان الاجير الخاص يضمن
بالخلاف لعدم دخوله تحت العقد والثانى ان الاجر فى الاجير الخاص ليس بمقابلة
العمل بدليل انه يستحق الاجر وان لم يعمل بل بمقابلة تسليم النفس عملا ولم يعمل
وهو المعقود عليه وقد وجد ذلك سالما والتلف انما وجد فى تسليم العمل وهو ليس
بمعقود عليه فلم يكن مضمونا عليه حتى لو وجد مانع من تسليم النفس من المرض الحسى
او المطر ونحو ذلك مما يمنع التمكن من العمل لا يستحق الاجر بعدم تسليم المعقود عليه
وصح ترديد الاجر بين نفعين مختلفين هذا شروع فى بيان الاجارة على احد الشرطين
بعد ذكر الاجارة على شرط واحد اى صح ترديد الاجر بين التسميتين باعتبار الشرطين
وايهما اى اى من النفعين وجد لزم ما سمى له اى لذلك النفع نحو ان خطته فارسيا
فبدرهم او روميا فبدرهمين وانما جاز هذا لانه سمى نوعين معلومين من
العمل وسمى لكل واحد منهما بدلا معلوما فيجوز لوجود المقتضى وارتفاع المانع
كما ذكرناه فى البيع بين عبدين على ما تقدم فى البيع وان صبغته بعصفر فبدرهم
او بزعفران فبدرهمين لما ذكرناه ايضا وان سكنت هذه الدار فبدرهم
فى الشهر او هذه الدار فبدرهمين لما ذكرناه ايضا وهذا فى الحقيقة ترديد الاجر بين
النفع فى المكانين وان ركبتها اى الدابة الى الكوفة فبدرهم او الى واسط اسم موضع
فبدرهمين وهذا لما ذكرناه ايضا وهذا ترديد الاجر بين النفع فى المسافتين وكذا
اى صح ترديد الاجر لو ردد بين ثلاثة اشياء مثل ان يقول للخياط ان خطته فارسيا

فارسيا فبدرهم او روميا فبدرهمين او هنديا فبثلاثة دراهم او ان ركبتها
الى الكوفة فبكذا او الى واسط فبكذا او الى غزوين فبكذا لا بين اربعة اشياء والاصل
فيه البيع فانه يجوز بيع احد الشيئين او ثلاثة ولا يجوز فى اكثر من ثلاثة على
ما بيناه فى اول البيع والجامع بينهما دفع الحاجة غير انه لا بد من اشتراط الخيار
للمشترى فى البيع على ما تقدم وفى الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل
وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفى البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق
الجهالة ولا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار للمشترى ولو قال ان خطته اليوم يعنى
لو ردد العمل بين الزمانين وقال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف
فخاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر المثل وهذا لانه صح فى اليوم الاول
فوجب المسمى ولم يصح فى اليوم الثانى فوجب اجر المثل لا يجاوز اجر المثل نصف درهم
لانه المسمى فيه وقد رضى به هذا فى رواية عن ابى ح وقال القدورى وهى الصحيح وفى الجامع
الصغير ان له فى اليوم الثانى اجر المثل لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم
لان التسمية الاولى لا ينعدم فى اليوم الثانى فيعتبر لمنع الزيادة ويعتبر التسمية
الثانية لمنع النقصان وان خاطه فى اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند
ابى ح وهو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة الى ما بعد الغد اولى
واما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه كذا فى العناية
والزيلعى ثم هذا اى جواز العقد فى اليوم الاول دون الثانى هو قول ابى ح وقالا
الشرطان جائزان ففى ايهما عمل لزمه المسمى على قولهما وقال زفر الشرطان
فاسدان لان العمل الواحد قوبل ببدلين على البدل وذلك يفضى الى الجهالة
المفضية الى النزاع وبيان ذلك ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت لانه اليوم حال
افراد العقد فى اليوم بقوله خط اليوم بدرهم كان للتعجيل لا للتوقيت فكذا هنا
وذكر الغد للترفيه لانه حال افراد العقد فى الغد بقوله خط غدا بنصف درهم كان
للترفيه فكذا هنا اذ ليس لتعدد الشرط اثر فى تغييره فيجتمع فى كل يوم تسميتان

اما في اليوم فلانّ ذكر الغد اذا كان للترفيه كان العقد المضاف الى غد ثابتا اليوم مع عقد
اليوم واما في الغد فلانّ العقد المنعقد في اليوم باقٍ لان ذكر اليوم للتعجيل فيجتمع مع
المضاف الى غد واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين
على البدل فصار كانه قال خطه بدرهم او بنصف درهم وهو باطل بكون الاجر مجهولا
فصار هذا نظير بعتك حالا بالف وبعتك مؤجلا بالفين والجواب انه الجهالة تزول
بوقوع العمل فان بالعمل يتعين الاجر للزومه عند العمل ولهما ان ذكر اليوم للتوقيت
لانه حقيقته فكان قوله ان خطته اليوم فبدرهم مقتصرا على اليوم فبانقضاء اليوم
لا يبقى العقد الى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت وذكر الغد للاضافة لان الاجارة مما
تقبل الاضافة الى وقت في المستقبل وان لم تقبل التعليق بشرط فتكون مرادة
لكونها حقيقة فيها ايضا فاذا كان للاضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجتمع في كل
يوم تسميتان ولانّ اليوم لما كان حقيقة في التوقيت والغد في الاضافة كانا مجازين
في التعجيل والترفيه لعدم الاشتراك وقد ثبت في محله انه لا يصار الى المجاز حتى يقوم
الدليل عليه لان الاصل في الكلام هو الحقيقة ولا دليل هنا عليه والحقيقة ممكنة سيما
اذا كان الحمل على المجاز يؤدي الى فساد العقد فاذا حملا على الحقيقة لا يلزم اجتماع تسميتين
في كل يوم بل كان نظير خياطة الرومية والفارسية بخلاف حالة الانفراد لانه لو حمل
على التوقيت لفسد العقد اذ تعين العمل مع تعين الوقت لا يجتمعان فان تعين
العمل يوجب كونه اجيرا مشتركا وتعين الوقت يوجب كونه اجيرا خاصا وبينهما
تناف لتنافي لوازمهما فصرنا الى المجاز اعني الحمل على التعجيل بدلالة حالهما اذ مقصودهما
صحة العقد لا فساده ولابي ح انّ اليوم للتعجيل والغد للاضافة لان الكلام لحقيقته
حتى يقوم الدليل على مجازه وقد قام الدليل في اليوم على مجازه وهو التعجيل لان مرادهما
صحة العقد ولا يمكن هذا الا بحمل اليوم على التعجيل لان تعين العمل مع التوقيت مفسد
للعقد لعدم امكان اجتماعهما كما ذكرناه فتعين المجاز في اليوم ولم يقم الدليل في الغد
على المجاز وهو الترفيه بل قام على حقيقته وهو الاضافة فتركناه على حقيقته لانا لو حملناه

حملناه على الترفيه لفسد العقد من حيث انه يجتمع تسميتان في اليوم كما قالا فتعذر
فوجب حمله على حقيقته وهو الاضافة ثم اذا كان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للاضافة
لم يوجد في اليوم الا تسمية واحدة فلم يفسد فاذا خاط اليوم وجب عليه المسمى
وهو الدرهم فاذا جاء الغد فسد العقد لوجود تسميتين فيه لان المعلق ينزل بمجيء
الغد والتسمية الاولى باقية فيفسد لاجتماع تسميتين في عمل واحد بخلاف خياطة
الرومية والفارسية لانه ليس لاحد العقدين موجب في العمل الاخر فكانا عقدين
مختلفين كل واحد منهما ببدل مسمّى على انفراده معلوم فافترقا ولو قال ان سكنت
هذا الحانوت عطارا فبدرهم او حدادا فبدرهمين جاز عند ابي ح خلافا لهما
وكذا الخلاف لو قال ان ذهبت بهذه الدابة الى الحيرة فبدرهم وان جاوزتها
الى القادسية فبدرهمين او قال ان حملت عليها الى الحيرة كرّ شعير فبدرهم
وان حملت كرّ برّ فبدرهمين لهما ان المعقود عليه في هذه العقود احد الشيئين
وكذلك الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة الواحدة توجب الفساد والجهالتان
اولى بخلاف الخياطة الرومية والفارسية لان الاجر ثمه يجب بالعمل وعنده يرتفع
الجهالة اما في هذه المسائل فالاجر فيها يجب بالتخلية في الحانوت والتسليم في الدابة
فتبقى الجهالة بقي ان الاصل عندهما ان الاجر متى وجب بالتخلية والتسليم لا يجوز
ان يكون الاجر مترددا بين شيئين عند التخلية والتسليم لانه لا يدري ايّهما يجب
والاجارة تفسد بهذا ولابي ح انه خيّره بين شيئين متغايرين وجعل لكل واحد
منهما اجرة معلومة فوجب ان يجوز كما في المسئلة الرومية والفارسية وكونهما
متغايرين لان اسكانه عطارا يغاير اسكانه حدادا وكذا غيره وقولهما والاجرة
فيها تجب بالتخلية والتسليم قلنا انّ الاجارة تعقد للانتفاع والظاهر انه يستوفي
المنافع وعند الاستيفاء ترتفع الجهالة واما ترك الانتفاع مع التمكن فنادر لا معتبر
به ولو احتيج الى ايجاب لمجرد التخلية عند عدم الانتفاع بعد التسليم اي سلم اليه ولم ينتفع
به حتى مضى المدة فاختلف فيه المشايخ قال بعضهم يجب نصف كل واحد من البدلين

الحيره كوفه ديارنده بر قريه بنك الحدر

لانه تخيير بين عقدين كما في التخيير بين ثلثة ثياب ... ـ ... ونحو ... على ... مدابه

الجواز لاختلاف المنفعة بخلاف النزر فكانه في النزر ... لكنه باكراء ابن ... في معلومة لي انفسها ... ذكره انتفع منها النزر

اذ ليس احدهما اولى من الاخر فيجعل التسليم لهما وقال بعضهم يجب اقل البدلين لانه لا يكون
اكثر ضررا من الانتفاع باقلهما ضررا ولان الاقل متيقن وهذا هو الصحيح على ما في الزيلعي
واختاره في الهداية والعناية ولا يسافر بعبد استاجره للخدمة بلا اشتراطه
لان مطلق العقد يتناول الخدمة في الحضر لانه المتعارف فانصرف اليه المطلق فصار كالمشروط
به صريحا فلا يكون له ان ينقله الى خدمة السفر لانه اشق فيكون خلافا الى ما هو اضر
نظيره ما لو استاجر فرسا للركوب وعين الراكب فليس له ان يركب غيره للتفاوت في
الركوب وما لو استاجر دارا للسكنى ليس له ان يسكن حدادا لانه اضر ولان مؤنة الرد
من السفر على المولى ويلحقه ضرر بذلك فلا يملكه الا باذنه وان اشترط ذلك فله
ان ينقله الى السفر لان مولاه رضي بذلك وكذلك يجوز ان ينقله الى السفر اذا كان المستاجر
وقت الاجارة متهيئا للسفر وعرف بذلك لان المعروف كالمشروط كذا في الزيلعي فلو سافر
عند عدم الاشتراط والتهيئ للسفر وهلك ضمن لانه صار غاصبا ولا اجر عليه وان سلم
لان الضمان والاجر لا يجتمعان وهل له ان يوجر عبدا استاجره للخدمة على العبد المستاجر قالوا نعم فقال
في التاتارخانية نقلا عن السرخسي انه اذا استاجر عبدا للخدمة فله ان يواجر من غيره
للخدمة لان هذا مما لا يتفاوت الناس فيه عادة كسكنى الدار ولان العبد عاقل لا ينقاد
اذا كلف فوق طاقته انتهى ولو استاجر عبدا محجورا عليه فعمل العبد واخذ اي العبد
الاجر لا يسترده المستاجر منه اي من العبد هذا استحسانا وفي القياس له ان يسترده
لانه يقتضي ان لا تصح الاجارة لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فيصير المستاجر غاصبا
بالاستعمال ولا اجر على الغاصب فصار كما اذا هلك العبد فانه يجب للمولى قيمته دون الاجر
لانه ضامن بالغصب والاجر والضمان لا يجتمعان وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار
الفراغ سالما لانه يحصل للمولى الاجرة صار على اعتبار الهلاك بالاستعمال والمنافع
ومأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز الدفع له لم يكن له ان يسترده منه بخلاف
ما اذا هلك العبد في حالة الاستعمال فانه يجب على المستاجر قيمته واذا ضمن قيمته صار
مالكا له من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد نفسه فلا يجب عليه الاجر وكذلك

لانه خدمة السفر زيادة مشقة فلا ينتظمه

ولو هلك العبد في ذلك العمل يجب على المستاجر قيمته لانه صار غاصبا للعبد باستعماله فلا اجر له

وكذلك الصبي المحجور عليها اذا اجر نفسه وسلم من العمل كان له الاجر لانه غير ممنوع عما ينفعه
من التصرفات ولهذا يملك قبول الهبة وجواز الاجارة بعد الفراغ من العمل سالما
نفع محض وقال في النهاية الاجر الذي يجب في هاتين الصورتين اجر المثل فان اعتقه
المولى في نصف المدة نفذت الاجارة ولا خيار للعبد في الفسخ واجر ما مضى للمولى واجر
ما يستقبل للعبد وان اجره المولى ثم اعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار فان فسخ
الاجارة فاجر ما مضى للمولى وان اجاز فاجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى لانه العاقد
كذا في الزيلعي ولو اجر العبد المغصوب نفسه فاكل غاصبه اجره لا يضمن الغاصب ما اكله
من الاجر عند ابي ح خلافا لهما قالا يضمن لانه اتلف مال الغير بغير اذنه ولا تاويل
له لان المال للمولى لان اجارة العبد نفسه جائزة على تقدير الفراغ سالما على ما تقدم
في المسئلة الاولى وكسب العبد للمولى لانه تبع لرقبته فيكون الغاصب متعديا بالاخذ
منه والاتلاف فيضمن ولابي ح ان الضمان يجب باتلاف مال محرز متقوم وليس
ذلك بمحرز لان الاحراز ان يكون بيده او بيد نائبه وهذا المال لا في يده ولا في يد نائبه
لان الغاصب ليس بنائب عنه والعبد ليس في يد نفسه بل هو في يد الغاصب
وما في يده يكون في يد الغاصب ايضا تبعا لنفسه فلا يتصور ان يكون محرزا
بحرزه اذ هو لا تحرز نفسه عن الغاصب فكيف يحرز ما في يده عنه وما لم يقع
في يد المولى حقيقة او حكما بالنيابة لا يكون مضمونا له كالمال المسروق في يد السارق
بعد القطع ولان الاجرة بدل المنفعة والبدل حكمه حكم المبدل ولو اتلف الغاصب
المبدل اي المنفعة لا يضمن فكذا اذا تلف بدلها واعترض على الوجه الاول بولد
المغصوبة بان الغاصب اذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه مع انه لا احراز
فيه واجيب بانه تابع للام لكونه جزء منها وهي محرزة بخلاف الاجر فانه
يحصل من المنافع وهي غير محرزة انما قال لو اجر العبد المغصوب نفسه
لانه لو اجر الغاصب العبد المغصوب بنفسه واخذ الاجرة واكلها لا ضمان
عليه بالاتفاق وما اي شيء من الاجرة وجده سيده اي وجده في يد العبد المغصوب

اخذه لانه وجد عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك كما في المسروق
بعد القطع فانه لم يبق متقوما حتى لا يضمن بالاتلاف ويبقى الملك فيه حتى
ياخذه المالك حين وجده وقبض العبد اجره صحيح يعني اذا اجر العبد نفسه
واخذ اجره صحيح بالاجماع لانه هو المباشر وحقوق العقد يرجع اليه وتصرفه
نفع محض تصح قبضه فيخرج به المستاجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء الى
العبد لكونه عاقدا ولمؤاجر عبده هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا
بخمسة صح والاول اي من الشهرين باربعة لان المذكور اولا والمذكور اولا
ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز وذلك لانه لما قال شهرا باربعة منكرا كان مجهولا
والاجارة تفسد بالجهالة فصرفناه الى ما يلي العقد تحريا للجواز كما لو استاجر منك
هذا العبد بشهر او سكت فانه ينصرف الى ما يلي ابتداء العقد فاذا انصرف الاول الى ما يلي
العقد والثاني معطوف عليه ينصرف الى ما يلي الاول ايضا ضرورة لانها اقرب الاوقات
اليه فان قيل مبنى هذا البيان على ان يكون الشهر منكرا مجهولا والمذكور في الكتاب معرف
حيث قال هذين الشهرين فالجواب ان المذكور في الكتاب قول المستاجر واللام فيه
للعهد لما كان في كلام الموجر منكرا فكان الموجر قال اجرت عبدي هذا
شهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستاجر استاجرته هذين الشهرين
شهرا باربعة وشهرا بخمسة ولو استاجر عبدا فابق او مرض فادعى وجوده اول
المدة والمولى وجوده قبيل الاخبار بساعة حكم من الحال فان كان العبد حاضرا صحيحا
صدق المولى والا اي وان لم يكن العبد حاضرا وصحيحا فالمستاجر هذا شروع الحكم في بيان
الاختلاف الواقع بين الاجر والمستاجر يعني لو استاجر عبدا شهرا بدرهم مثلا
وقبضه في اول الشهر ثم جاء في آخره وقال ابق العبد او مرض في اول الشهر حين
قبضته وانكر المولى ذلك او انكر اسناده الى اول المدة فقال اصابه ذلك قبل
ان تاتيني بساعة حكم الحال فيكون القول قول من يشهد له الحال مع يمينه لان
القول في الدعاوى قول من شهد له الظاهر ووجود ذلك العيب في الحال يدل على وجوده

وجوده في الماضي استصحابا فيصلح مرجحا وان لم يصلح حجة للاستحقاق فيكون
القول للمستاجر وان لم يوجد في الحال فالقول للمولى فان قيل هذا فيما اذا كان الظاهر
يشهد للمستاجر مسلم لا اشكال فيه لانه ليس فيه الا دفع الاستحقاق على المستاجر
والظاهر يصلح دفعا للاستحقاق واما فيما اذا كان الظاهر يشهد للموجر ففيه
اشكال من حيث انه يستحق الاجرة بالظاهر وهو لا يصلح حجة للاستحقاق اجيب
بانه انما يستحقه بالسبب السابق وهو العقد وانما الظاهر يشهد على بقائه واستمراره
الى ذلك الوقت فلم يكن مستحقا بمجرد الظاهر وهذا لانهما لما اتفقا على وجود سبب
الوجوب اقر المستاجر بالوجوب عليه ثم بالانكار بعد ذلك يكون متعرضا لنفيه
فلا يقبل الا بحجة وعلى هذا لو اعتق جاريته ولها ولد فقالت اعتقتني قبل ولادته
فيكون حرا تبعا لي وقال المولى اعتقتك بعدها فلا يعتق كان القول قول من كان الولد
في يده لان الظاهر يشهد له وكذا لو باع شجرا فيه ثمر واختلفا في بيع الثمر معها
كان القول قول من في يده الثمر بتحكيم الحال وكذا الاختلاف في انقطاع ماء الرحى وجريانه
اي اختلفا بعد مدة الاجارة وقال المستاجر ان الماء انقطع في اول المدة وانكره الموجر
ينظر ان كان الماء منقطعا في الحال فالقول قول المستاجر وان كان جاريا فالقول قول صاحب
الرحى تحكيما للحال ولو قال رب الثوب امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر

مطلب مسائل الصباغ والخياط

وقال الصانع امرتني بما صنعت صدق رب الثوب اي مع يمينه وكذا الاختلاف
في القميص والقباء اي اختلفا في لون الصبغ فقال رب الثوب امرتك ان تصبغ
احمر فصبغته اصفر وقال الصانع لا بل امرتني اصفر او اختلفا في نوع المعقود عليه
فقال رب الثوب امرتك بخياطة القميص فخطته قباء وقال الخياط بل امرتني قباء
ففي الصورتين القول قول رب الثوب لان الامر يستفاد من جهته والقول قول من
يستفاد الامر من جهته كما لو انكر اصل الامر كان القول قوله وكذا اذا انكر صفته لكنه
بعد اليمين فانه انكر ما لو اقر به لزمه فان حلف اي رب الثوب فهو مخير ان شاء
ضمن الصانع قيمة ثوب غير معمول ولا اجر للصانع او اخذ رب الثوب الثوب

لانه لما قبل الثوب بعينه وجب اجره او جنع
اعدته الصانع فيه من عمل
بينهما لانهما لما اتفقا عليه في العقد الصحيح وجب
انه لا يجاوزه الفاسد

واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وقد تقدم بيانه قبيل باب الاجارة الفاسدة وقال ابن سماعة عن محمد يضمن صاحب الثوب الصباغ ما زاد الصبغ فيه لان الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك وقال ابن ابي ليلى في مسئلة الصبغ ايضا القول قول الصباغ لانهما اتفقا على الاذن في الصبغ ثم رب الثوب يدعي عليه خلافا ليضمنه او ليثبت لنفسه الخيار وهو ينكر فكان القول له وجوابه ما ذكرناه من ان القول لمن يستفاد منه الامر وان قال رب الثوب عملت لي بلا اجر وقال الصانع باجر فالقول لرب الثوب لانه ينكر تقوم عمل الصانع ووجوب الاجر عليه والصانع يدعيه فكان القول للمنكر وهذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف القول للصانع ان كان حريفا اي خليطا له وذلك بان تكرر تلك المعاملة بينهما باجر فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما لان المعروف كالمشروط وعند محمد القول للصانع ان كان معروفا بعمله بالاجر لما ذكرنا من ان المعروف كالمشروط وفي الزيلعي والاشباه والفتوى على قول محمد واعلم ان المص ذكر بعض ما يتعلق باختلاف الاجر والمستاجر في فصل التحالف على ما تقدم بيانه وذكر بعضه في هذا الباب ولم يستوف بحذافيره ولنذكر اجمالا بعض ما بقي منه تتميما للفائدة فنقول ان الموجر والمستاجر اذا اختلفا اما ان يختلفا في المستاجر او في الاجرة وعلى الاول اما ان يختلفا في اصل المستاجر بان قال الموجر المستاجر هو هذا وقال المستاجر لا بل هو هذا او في نوعه او في قدره فاذا اختلفا في اصل المستاجر اما ان يكون اختلافهما قبل التصرف او بعد انقضاء المدة والتصرف فان كان قبل التصرف تحالفا لان الاجارة بيع المنفعة فيعتبر ببيع العين وفي بيع العين اذا اختلفا قبل القبض تحالفا فكذلك في بيع المنفعة والاختلاف هنا قبل قبض المنفعة فيتحالفان فيفسخ القاضي وايهما اقام البينة قبلت وان اقاما يقضى ببينة الموجر لانه يثبت حقا لنفسه وان اختلفا بعد انقضاء المدة فالقول قول المستاجر مع يمينه لان المعقود عليه قد هلك لان المنافع بالاستيفاء صارت متلاشية هالكة وهلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وقال محمد لا يمنع التحالف في بيع المنفعة لان في بيع العين انما يمنع التحالف

مسائل الموجر والمستاجر

التحالف لانهما اذا تحالفا وتعذر الرد لمكان الهلاك وجب رد القيمة وهنا اذا تحالفا وانفسخ العقد بقيت المنافع مستوفاة من غير عقد فلا يكون لها قيمة فتعذر رد القيمة فامتنع التحالف وان اختلفا في نوع المستاجر كاختلافهما في نوعي الصبغ بانه اصفر او احمر على ما ذكره المص بعينه فالقول قول رب الثوب مع يمينه لما ذكرناه ولان الصباغ اقر بالضمان وهو الصبغ في ثوب الغير ثم ادعى البراءة عنه وهو الاذن من جهة صاحب الثوب وانكره صاحب الثوب فيكون القول للمنكر كما لو قال قطعت ثوبك او هدمت جدارك باذنك وانكره الصاحب فالقول للمنكر وان اختلفا في مقدار المستاجر بان قال المستاجر انه اكراه دابتين باعيانهما بعشرة دراهم الى بغداد وقال الموجر انه اكراه احديهما بعينها بعشرة دراهم الى بغداد فالقول قول الموجر لانه ينكر الزيادة وعلى الثاني اما ان يختلفا في اصل الاجرة فقال رب الثوب عملت لي بغير اجر وقال القصار لا بل عملت لك باجر فان اختلفا قبل العمل يتحالفان ويفسخ القاضي لان كل واحد منهما مدع من وجه منكر من وجه وايهما اقام بينة قبلت وان اقاما يقضى ببينة المستاجر لانه يثبت حقا لنفسه وان اختلفا بعد العمل فالقول لرب الثوب عند ابي حنيفة على ما ذكره المص لان التحالف لا يفيد لانه لا قيمة للعمل من غير عقد فكان بمنزلة الحمال والمكاري ان اختلفا بعد العمل فالقول للمعمول له خلافا لابي يوسف ومحمد كما ذكره المص وان اختلفا في قدر الاجرة ولم ياخذ في العمل بعد فقال المستاجر الاجر خمسة دراهم وقال الاجر لا بل عشرة دراهم فيتحالفان وايهما نكل لزمه دعوى الاخر ويبدأ بيمين المستاجر فاذا حلفا فسخ القاضي العقد وايهما اقام البينة قبلت وان اقاما يقضى ببينة الاجر لانه يثبت الزيادة وكذلك لو اختلفا في قدر مدة الاجارة او في قدر مسافة الاجارة بان قال المستاجر اجرتنيها بشهرين بعشرة دراهم وقال الاخر لا بل اجرتها شهرا واحدا بعشرة دراهم او قال المستاجر اجرتنيها الى الكوفة بخمسة دراهم وقال الاجر بل الى المصر بخمسة دراهم فهذا وما اختلفا في قدر الاجرة سواء الا انهما لو تحالفا في المدة او في المسافة يبدأ بيمين الاجر وان اقاما البينة فيهما يقضى ببينة المستاجر وان اختلفا في قدر الاجرة

والمدة جميعا او في الاجرة والمسافة جميعا فانهما يتحالفان فيفسخ القاضي وايهما اقام البينة
قبلت وان اقاما يقضي بالبينتين جميعا فيقضي بزيادة الاجر ببينة الاجر وبزيادة المدة
والمسافة ببينة المستاجر وهذا اذا اتفقا في جنس الاجرة ما بها درهم كلها او دنانير بخلاف
ما اذا اختلفا في قدر الاجرة والمدة او في قدر الاجرة والمسافة او في قدر الاجرة والمستاجر
مع اختلافهما في جنس الاجرة وذلك بان قال الاجر اجرتك الدار شهرا بدينار وقال المستاجر
لا بل اجرتنيها شهرين بعشرة دراهم او قال الاجر اجرتك الدابة الى القصر بدينار وقال
المستاجر لا بل الى الكوفة بعشرة دراهم او قال الاجر اجرتك احدى هذين الدابتين بدينار
الى بغداد وقال المستاجر لا بل اجرتني هذين الدابتين بعشرة دراهم الى بغداد ففي الصور
الثلاث يتحالفان وايهما نكل لزمه دعوى الاخر وان حلفا فسخ القاضي العقد وايهما
اقام قبلت بينته وان اقاما البينة فانه يقضي الى شهرين او الى الكوفة او باجارة الدابتين
الى بغداد بدينار وخمسة دراهم اذا كان القصر على النصف من المبدأ الى الكوفة يقضي الى
القصر بدينار ببينة الاجر ومن القصر الى الكوفة بخمسة دراهم ببينة المستاجر عملا
بالبينتين وكذا الحال في الصورتين والحاصل انه اذا اختلفا في المستاجر اصلا او قدرا
او نوعا او في الاجرة كذلك او في المدة او المسافة او في الاجرة والمدة معا او في الاجرة والمسافة
معا ففي هذه الوجوه ان اختلفا قبل استيفاء المنفعة يتحالفان وايهما نكل لزمه
دعوى الاجر وان حلفا فسخ القاضي العقد وايهما اقام قبلت بينته وان اقاما
البينة فبينة الاجر اولى وان اختلفا بعد استيفاء المنفعة في هذه الوجوه كان القول
قول المستاجر مع يمينه ولا يتحالفان عندهم جميعا

باب فسخ الاجارة

اعلم ان الاجارة عقد لازم لا يصح بغير عذر الا اذا وقعت على استهلاك عين
كالاستكتاب يقع على استهلاك الكاغد والحبر وكرب الارض في المزارعة اذا كان
البذر من قبله فانه ينفسخ بغير عذر كما في باب العذر من اجارات القنية ثم انها
تفسخ بالعيب في المعقود عليه بالاتفاق وبالعذر الحاصل في احد العاقدين عندنا
خلافا للشافعي فيه على ما سنبينه عند قول المص وتفسخ بالعذر ولما كان الفسخ

الفسخ بالعيب اتفاقيا قدمه المص على الفسخ بالعذر والاصل ان العيب متى حدث
بالعين المستاجرة فان كان عيبا لا يؤثر في اختلال المنافع لم يثبت للمستاجر خيار الفسخ
نحو العبد المستاجر للخدمة اذا ذهب احدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة او سقط
شعره او سقط حائط من الدار ولم يضر بالسكنى لانه لما لم يتمكن الخلل في المنفعة
وهي المعقود عليه لم يثبت الخيار وان كان عيبا يؤثر في اختلال المنافع كالعبد اذا مرض
والدابة اذا دبرت او ندت والدار اذا انهدم بعض بناؤها او سقط حائط يضر
السكنى فللمستاجر الخيار لان الخلل قد يمكن في المعقود عليه قبل القبض فان المنافع
لا تصير مقبوضة بقبض الدار ولكن باعتبار التمكن من الاستيفاء يصير قابضا
له حكما فان استوفى المنفعة مع العيب يلزمه جميع البدل وان نقض العبد العيب
المفوت لوصف المعقود عليه قبل القبض لا يلزمه شيء من البدل فان ازال الموجر
عيبا بشيء يسقط الخيار وهل ينفسخ العقد بدون الفسخ بهذه الاعذار ام لا
ينفسخ بدون الفسخ ففيه اختلف المشايخ قيل ينفسخ بالعوارض المؤثرة في اختلال
المنفعة من نحو انهدام الدار وانقطاع ماء الرحى وماء الارض بحيث لا يمكن ان
يزرع ودبر الدابة ومرض العبد وهو رواية الاصل واستدلوا عليه بانه لو انهدم
الدار يجوز ان يخرج عنه المستاجر مع غيبة الموجر ولا يلزمه الاجر فلو لم ينفسخ العقد
بدون الفسخ يتوقف خروجه على حضرة الموجر وقيل لا ينفسخ بدون الفسخ بل
يستحق الفسخ وهو رواية الزيادات واستدلوا عليه بانه اذا صالح على سكنى
دار فانهدمت الدار لم ينفسخ الصلح والمصالح ان يبني الدار ويمضي على الصلح
وبما روي عن محمد فيمن استاجر بيتا فانهدم ثم بناه الاجر فليس للمستاجر
ان يمتنع عنه فهذا نص على ان الاجارة لا ينفسخ وهكذا ذكره في المحيط وقال
والصحيح هو الثاني لان اصل المعقود عليه لا يفوت بانهدام البناء لان الانتفاع
بالعرصة ممكن بدون البناء الا انه ناقص فكان بمنزلة العيب الفاحش وبالعيب
يستحق الفسخ ولا ينفسخ ومن هنا قالوا ان الاجارة هل ينعقد على الصحراء للسكنى قيل

لا ينعقد لانه لا سكنى في الصحراء وقيل ينعقد وله خيار الفسخ لان السكنى يتحقق فيه
الا انه ناقص وقيل ما ذكر في الاصل محمول على ما اذا كان العذر جليا كما اذا استاجر
لقلع السن وسكن وجعه او لقطع يده للاكلة فبرأت الاكلة وما ذكر في الزيادات
على ما اذا كان العذر خفيا كالدين قال في قاضيخان اذا تحقق العذر ذكر في بعض الروايات
ان الاجارة تنتقض وفي بعضها انها لا تنتقض ومشايخنا وفقوا فقالوا ان كانت
الاجارة لغرض فلم يبق ذلك الغرض او كان عذرا يمنعه من الجرى على موجب العقد
شرعا تنتقض الاجارة من غير نقض كما لو استاجر لقطع يده عند وقوع الاكلة او
لقلع سنه عند الوجع فبرأت الاكلة وزال الوجع تنتقض الاجارة لانه لا يمكنه
الجرى على موجب العقد شرعا وان استاجر دابة بعينها الى بغداد لطلب غريم له
او لطلب عبد آبق له ثم حضر الغريم وعاد العبد من الاباق تنتقض الاجارة لانها
وقعت لغرض وقد فات ذلك الغرض وكذا لو ظن في بناء داره خللا فاستاجر لهدم
البناء ولم يوجد فيه خلل او استاجر طباخا لوليمة العرس فماتت العروس بطلت
الاجارة والا فلا تنتقض بغير نقض ثم اذا تحقق العذر ومست الحاجة الى النقض
هل ينفرد صاحب العذر بالنقض او يحتاج الى القضاء او الى الرضاء اختلفت الروايات
فيه والصحيح ان العذر ان كان ظاهرا ينفرد وان كان مشتبها لا ينفرد تفسخ
اى الاجارة هو من الفسخ ولم يقل تنفسخ اشارة الى انها لا تنفسخ من غير فسخ
بالعيوب التي ذكرها في الكتاب موافقا للترجمة فانه قال باب فسخ الاجارة ولم يقل
باب انفساخ الاجارة وقيل انها تنفسخ من غير فسخ كما تقدم ذكره وفيه ايضا اشارة
الى انه لا حاجة الى قضاء القاضي في الفسخ وقيل انه يحتاج اليه على ما تقدم بعيب
حادث بعد قبض المستاجر او قبل قبضه لان العيب الذي حدث بعد قبض المستاجر
كان قبل المعقود عليه في الحقيقة فيوجب الفسخ وهذا لان المعقود عليه في الاجارة
هو المنافع وانها توجد شيئا فشيئا وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء
فكان العيب حادثا قبل قبض ذلك الجزء وذلك يوجب الخيار كما في البيع فوت النفع

النفع لخراب الدار المستاجرة اطلقه فشمل خراب البيت وخراب الجدار منه
المخل بالسكنى قال في قاضيخان اذا انهدم البيت المستاجر او انهدم ما ينقص السكنى
كالحائط ونحو ذلك فله ان يخرج عن الدار ويفسخ الاجارة بحضرة الاجر لانه بمنزلة
العيب الحادث في المبيع قبل القبض انتهى بخلاف ما اذا كان عيبا لا يضر بالسكنى
كحائط سقط ولم يكن محتاجا اليه في السكنى فانه لا تفسخ الاجارة به على ما في
العناية وانقطاع ماء الارض يعني استاجر ارضا للزراعة فخرب النهر الاعظم وعجز
عن السقي كان له ان يفسخ الاجارة وان لم يفسخ حتى مضت المدة كان عليه اجرها
اذا كان بحال يمكنه ان يحتال بحيلة فيزرع فيها شيئا وان كان لا يقدر على ذلك
بوجه لا شيء عليه وكذا لو لم ينقطع الماء ولكن سال فيها حتى عجز عن الزراعة فلا
اجر عليه ولو استاجر ارضا فانقطع الماء ان كانت الارض تسقى بماء النهر وبماء
المطر لكن انقطع ماء المطر ايضا لا اجر عليه ولو غرقت الارض قبل ان يزرعها فمضت
المدة فلا اجر عليه كما لو غصبها غاصب ولو زرعها فاصاب الارض آفة فهلك
الزرع او غرقت بعد الزرع ولم ينبت عن محمد في رواية كان عليه الاجر كاملا وعنه في رواية
انه اذا استاجر ارضا فزرعها فقل ماؤها او انقطع فله ان يخاصم الاجر الى القاضي حتى يترك
الارض في يده باجر المثل الى ان يدرك فان سقى زرعه بعد ذلك لم يكن له ان ينقض الاجارة
والمختار للفتوى انه اذا هلك الزرع لم يكن عليه لما بقي من المدة بعد هلاك الزرع اجر الا
اذا كان متمكنا من ان يزرع مثل ذلك ضررا بالارض واقل ضررا من الاول وان اختل الزرع وانفقت
عليه كان عليه الاجر كاملا وان لم يسقه اذا لم يكن رفعه الى الحاكم ولو استاجر ارضا
من اراضي الجبل فيزرعها فلم تمطر عامه ولم ينبت حتى مضت المدة ثم مطرت السماء
ونبت الزرع قال محمد الزرع كله بطلت الاجارة الكل في قاضيخان وقال في البزازية
وعن ابي يوسف استاجر ارضا للزراعة وانقطع الماء وبقي شيء من المدة ما يصلح
ان يزرع عزيا ولم يخاصم ولم ينقض حتى تمت المدة لزم تمام الاجر وان خاصم له
نقض الاجارة وينقص من الاجر بحسابه وان لم يصلح ان يزرع عزيا لا يلزمه الاجر

فيما بقي وان لم يخاصم او الرحى اذا انقطع ماء الرحى فهو عذر تفسخ به الاجارة بل
تنفسخ فان لم يفسخ يرفع عنه من الاجر بحسابه لان المعقود عليه وهي المنفعة
قد فاتت فوتا يرجى عوده فيتخير المستاجر كالوابق العبد المستاجر للخدمة واختلفوا
في تفسير قول محمد بحسابه قيل بحساب ايام الانقطاع حتى لو انقطع الماء عشرة ايام من
الشهر سقط حصة عشرة ايام من الاجر لانه فات منفعة الطحن في عشرة ايام وقيل
بقدر حصة الماء الذي انقطع دون الثلث فينظر الى بيت الرحى وهو يطحن بكم يستاجر
عشرة ايام وهو لا يطحن بكم يستاجر فان كان وهو يطحن يستاجر عشرة ايام بعشرة وهو
لا يطحن يستاجر بخمسة سقط خمسة دراهم وهي حصة ما انقطع من الماء ولا يسقط
ثلث المسمى لان منفعة الطحن ان فات بقي منفعة السكنى وربط الدابة فانه له ان
يسكن فيه ويربط فيه دوابه فسقط من الاجر بقدر ما فات وبقي بقدر ما بقي قال في المحيط
السرخسي والاول اصح بدليل ان محمدا قال اذا انقطع الماء شهرا ولم يفسخها المستاجر حتى مضى
الشهر فلا اجر عليه قال في قاضيخان استاجر رحى ماء فانقطع ماؤه كان له ان يرده وان
لم يرد حتى مضت المدة لا اجر عليه وان قل الماء بحيث تدور الرحى وتطحن نصف ما كانت
تطحن كان للمستاجر ان يرده ايضا وان لم يرد حتى طحن كان ذلك رضى وليس له ان يرده بعد ذلك
لانه رضي بالعيب استاجر طاحونتي ماء في موضع يكون الحفر على المواجر في عرفهم واحتاج النهر
الى الكري وصار بحال لا يعمل الا احد الرحائيين فان كان بحال لو صرف الماء اليهما جميعا
عملا ناقصا كان للمستاجر ان يفسخ الاجارة لاختلال المطلوب وان لم يفسخ الاجارة
فعليه اجرهما جميعا لانه تمكن من الانتفاع بهما بصفة النقصان وان كان بحال لو صرف الماء
اليهما لم يعملا كان عليه اجر احدهما اذا لم يفسخ الاجارة لانه لم يتمكن من الانتفاع الا باحدهما
وان تفاوت اجرهما فعليه اجر اكثرهما اذا كان الماء يلفي لاكثرهما اجراء وان كان ذلك في موضع
يكون كري النهر على المستاجر في عرفهم كان عليه كل الاجر لان العجز والخلل كان لمعنى من قبله
وهو بمنزلة ما لو استاجر خيمة وانكسرت اوتادها لا يسقط الاجر لان الاوتاد يكون على المستاجر
قال في المحيط السرخسي لو اختلفا في انقطاع الماء فلا يخلو اما ان اختلفا في قدر ايام الانقطاع

الانقطاع او اختلفا في اصل الانقطاع فان اختلفا في قدر ايام الانقطاع بان قال المستاجر
انقطع الماء عشرة ايام وقال الآجر خمسة ايام فالقول للمستاجر لان الآجر يدعي تسليما
مبتدأ بعود الماء بعد خمسة ايام والمستاجر ينكر فيكون القول له وان اختلفا في اصل
الانقطاع ينظر ان كان الماء منقطعا يوم الخصومة فالقول للمستاجر لان الظاهر شهد
له وان كان الماء جاريا فالقول للآجر مع يمينه لان الظاهر يشهد له او اخل به عطف
على قوله فوت والذي ظهر منه انه لم يفرق بين العيب المفوت للنفع وبين العيب
المخل بالنفع في ان العقد يفسخ بالفسخ ولا ينفسخ بغير الفسخ والمختار الفرق
بينهما بان العقد ينفسخ بدون الفسخ بالعيب المفوت للنفع ولا ينفسخ بدون
الفسخ بالعيب المخل به كمرض العبد المستاجر للخدمة ولو كان العبد سارقا كان عذرا
في فسخ الاجارة مثل مرضه بخلاف ما لو وجد العبد غير حاذق في الخدمة فانه لا يكون
عذرا في الفسخ كذا في قاضيخان ودبر الدابة اي جرح ظهرها او خفها على ما نقل عن
الابن الاثير وكذا بدا الدابة عذر في الفسخ فلو انتفع اي المستاجر به اي بالمستاجر بالفتح
معيبا اي بالعيب المفوت للنفع وبالعيب المخل به على ما هو الظاهر من سوق كلامه
اما سقوط الخيار في الثاني فظاهر لان العقد لا ينفسخ به بدون الفسخ بالاتفاق
فاذا لم يفسخ وانتفع به معيبا سقط الخيار ولزمه الاجر واما سقوطه في الاول فعلى
القول ان العقد لا ينفسخ بالعيب المفوت للنفع ما لم يفسخ بل له خيار الفسخ ايضا
او زال الموجر عيبه كما اذا بنى الدار المهدومة وكذا اذا زال العيب بنفسه سقط خياره
لانه لما استوفى المنفعة مع العيب فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع الاجرة وليس له
الخيار كما في البيع وتفسخ الاجارة بالعذر فيه اشارة الى انها لا تنفسخ من غير فسخ بالاعذار
التي ذكرها في الكتاب وقيل انها تنفسخ من غير فسخ والى انه لا يحتاج في الفسخ الى قضاء
القاضي وقيل انه يحتاج على ما تقدم وهذا عندنا وقال الشافعي لا تفسخ الاجارة الا بالعيب
بناء على اصله ان المنافع عنده بمنزلة الاعيان حتى يجوز العقد عليها فكانت كالبيع
والبيع لا يفسخ بالعذر بل انما يفسخ بالعيب فكذا الاجارة قلنا ان المنافع غير

مقبوضة قبل الاستعمال والاستيفاء وهي المعقود عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب
قبل القبض في البيع فتفسخ به الاجارة كالبيع بالعيب لان العيب الحادث قبل القبض انما اوجب
حق الفسخ لانه لا يمكنه المضي في موجب العقد الا بضرر يلزمه وهو لم يرض به فثبت له
حق الرد دفعا للضرر عن نفسه وكذلك العذر هنا يتحقق قبل القبض بعجز العاقد عن
المضي على موجب العقد الا بضرر يلزمه وهو لم يرض به ثم الشافعي محجوج عليه بما سيأتي
من مسئلة قلع سن سكن وجعه وطبخ وليمة ماتت عروسها اذ لا خلاف في جواز
الفسخ بهذه الاعذار وكذا في غيرها ومما خالفنا فيه الشافعي الفسخ بخيار الشرط
وخيار الرؤية فانه يقول لا يصح اشتراط الخيار في الاجارة ولا خيار الرؤية ايضا اما
خيار الشرط فلان الخيار ان كان للمستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لفوات
بعضه في مدة الخيار وان كان للموجر فلا يمكن تسليمه على الكمال لفوات بعضه ايضا في
مدة الخيار وكل ذلك يمنع الخيار وهذا بناء على اصله ان المنافع جعلت في الاجارة
كالاعيان القائمة وفوت بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا ههنا واما خيار الرؤية
فلانه استيجار ما لم يره استيجار لما هو مجهول فلا يجوز للجهالة قلنا في الجواب
عن الاول ان الاجارة عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس وكل ما هو كذلك
جاز اشتراط الخيار فيه وذلك بان استاجر دارا سنة على انه او الموجر مخير
فيها ثلاثة ايام كما في البيع والجامع بينهما دفع الحاجة فانه لما كان عقد معاملة
يحتاج الى التروي لئلا يقع فيه الغبن وفوات بعض المعقود عليه لا يمنع الرد بخلاف
العيب في الاجارة كما تقدم فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع فان فوات بعض المبيع
يمنع الرد وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فلذا اشترط رد الكل في
البيع دون الاجارة لان التكليف بحسب الوسع ولاجل عدم اشتراط رد الكل في الاجارة
يجبر المستاجر على القبض اذا سلم الموجر بعد مضي المدة لان التسليم بكماله غير
ممكن وبخلاف النكاح فانه ليس بعقد معاملة فلا يحتاج الى التروي لانه لا يقع بغتة
بل يقع على وجه التسوم والتامل فلا يحتاج الى اشتراط الخيار دفعا لاحتمال الغبن

الغبن وبخلاف الصرف والسلم لان القبض فيهما يستحق بالعقد في المجلس على ما تقدم
فاشتراط الخيار يمنع تمام القبض المستحق فيهما بالعقد وفي الجواب عن الثاني ان
الجهالة انما تمنع الجواز اذا كانت تفضي الى النزاع وهذه الجهالة لا تفضي اليها لانها
ان لم يوافقه يرده فلا يمنع الجواز فاذا ثبت له كل من خيار الشرط والرؤية ثبت
له حق الفسخ بكل منهما والمص ذكر في اول الاجارة جواز كل من خيار الشرط والرؤية
ولذا لم يذكر هنا وهو اي العذر هذا شروع في تفسير العذر الموجب لحق الفسخ عندنا
واعلم ان العذر الموجب لحق الفسخ على نوعين نوع في جانب الموجر ونوع في جانب
المستاجر وجعل الامام قاضيخان العيوب المذكورة من الاعذار التي في جانب المستاجر
والتعريف الذي ذكره المص صادق على نوعين على ما هو قانون التعاريف العجز
عن المضي على موجب العقد الا بتحمل ضرر اي ضرر احد المتعاقدين مالا او بدنا غير
مستحق اي ذلك الضرر به اي بالعقد ولم يلزم به وبه تم الحد ثم شرع في ذكر امثلة
العذر الذي في جانب المستاجر فقال كقلع سن سكن وجعه واستغنى عن قلعه
بعدما استوجر له اي للقلع فانه يفسخ للزوم ضرر القلع للمستاجر وطبخ عطف
على قلع اي كطبخ طعام لوليمة ماتت عروسها بعد الاستيجار للطبخ لها اي للوليمة
يعني استاجر رجلا ليطبخ طعاما للوليمة فماتت عروسها فانه يفسخ العقد للزوم
ضرر الطبخ للمستاجر او اختلعت المراة من زوجها فانه يفسخ العقد للزوم ضرر الطبخ
للمستاجر ايضا وكذا اي يفسخ العقد لو استاجر دكانا ليتجر في ذلك الدكان بالبيع والشراء
فذهب ماله وافتقر فانه عذر للمستاجر يفسخ به العقد سواء اراد ترك التجارة
اصلا بسبب فقره او اراد التحول الى تجارة اخرى لان في الجري على موجب العقد التزام
ضرر زائد لم يستحق بالعقد وقال بعضهم ان تهيا له ان يعمل التجارة الثانية او الحرفة
الثانية في الدكان الاول ليس له ان ينقض الاجارة وان لم يتهيا له ذلك كان له ان
ينقض الاجارة كذا في قاضيخان بخلاف ما لو وجد دكانا اخر ارخص من الاول فان
ذلك لا يكون عذرا وبخلاف ما لو اشترى دكانا فاراد التحول اليه فانه لم يكن

عذرا ايضا كذا في قاضيخان وهل يكون ضيق الدكان عذرا للمستاجر قيل لا وقيل نعم
كذا في شرح النقاية قيده بالدكان وهل هو كذلك لو استاجر دارا ليسكن فيها ثم افتقر
المستاجر قلت انه كذلك كذا في الحاوي القدسي فانه قال ومن آجر دكانا او دارا ثم
افلس وركبته الديون فسخ القاضي العقد وهذا كله في جانب المستاجر ثم شرع في بيان
بعض العذر الذي في جانب الموجر او اجر شيئا اي بيتا او دكانا او رحى فلزمه دين
لا يجد قضاه الا من ثمن ما اجره ولو وصلية باقراره اي ولو كان الدين لزمه باقراره فيه
اشارة الى ان الدين لو لزمه بعيان او بينة كان بطريق الاولى في العذر وهل ينفرد الموجر
في الفسخ بسبب هذا الدين ام يحتاج الى القضاء او الرضاء ففي قاضيخان قال ان الموجر
اذا لحقه دين لا وفاء له الا بثمن المستاجر فان الموجر لا ينفرد بالنقض ويفوض ذلك الى القاضي
لتعارض الضررين فيرجح القاضي احدهما على الاخر فاذا اراد القاضي فسخ الاجارة لاجل الدين
اختلفوا فيه قال بعضهم يبيع الدار فينفذ بيعه فيفسخ الاجارة وقال بعضهم يفسخ
الاجارة اولا ثم يبيع هذا اذا كان الدين ظاهرا وان لم يكن ظاهرا ولكن صاحب الدار اقر بالدين
على نفسه وكذبه المستاجر قال ابو ح يصح اقراره ويفسخ القاضي الاجارة بينهما وقال
صاحباه لا يصح اقراره فالمص رحمه الله اختار قول ابي ح وهل يكون الفقر عذرا للفسخ
مثل الدين للموجر ففي قاضيخان جعله عذرا ايضا فانه قال رجل اجر داره ثم صار معسرا
ولا يجد نفقة نفسه ولا عياله كان له ان يفسخ الاجارة كما لو لحقه دين فادح انتهى
بخلاف ما لو انهدم المنزل الذي سكنه الموجر وليس له مسكن آخر سوى الذي آجره
فانه لم يكن له ان يفسخ الاجارة وكذا لو اراد الآجر ان يتحول عن مصره لم يكن ذلك عذرا
كذا في قاضيخان او استاجر عبدا للخدمة في المصر متعلق بالخدمة او مطلقا اي غير مقيد
بالخدمة في المصر فسافر اي المستاجر فان سفر المستاجر عذر له يفسخ به الاجارة لان
من استاجر عبدا للخدمة ليس له ان يخرجه الى السفر بخلاف سفر الموجر فانه ليس بعذر
له وكذا سفر من استاجر دارا عذر له يفسخ به الاجارة لا سفر الموجر او اكترى دابة
للسفر ثم بدا له منه اي ان يقعد من السفر او يرجع عنه في بعض الطريق فان هذا عذر

عذر للمستاجر يفسخ به الاجارة ولو بدا للمكاري منه اي من السفر فليس بعذر لانه
يمكنه ابقاء المعقود عليه من العبد والدابة والدار في يد المستاجر من غير لزوم ضرر بان
يقيم غيره مقام نفسه في الحج ودفع الدابة اليه ولو مرض اي المكاري فهو اي مرض المكاري
عذر في رواية الكرخي لانه لا يعري عن ضرر لان غيره لا يشفق على دابته او عبده مثله
والمكاري لا يمكنه الخروج اليه بنفسه لمرضه فيتضرر بخلاف ما اذا لم يمرض المكاري فانه
يمكنه الخروج اليه بنفسه فلا يتضرر بخلاف ما اذا لم يمرض المكاري فانه يمكنه الخروج
اليه بنفسه فلا دون رواية الاصل لما ذكرناه من انه يصح اقامة الغير مقامه للحفظ
ولو استاجر خياط يعمل صفة لخياط لنفسه احترز به عن خياط يعمل باجر على ما سياتي
حكمه عبدا مفعول استاجر يخيط صفة عبدا له اي للخياط الذي يعمل لنفسه فافلس
الخياط فهو اي افلاس الخياط عذر يفسخ به الاجارة لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب
العقد لفوات مقصوده وهو راس ماله بخلاف خياط يخيط للانسان بالاجر فان
رأس مال هذا الخياط الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق فيه الافلاس حتى لو استاجر
هذا الخياط غلاما يخيط معه في الدكان فليس له فسخ الاجارة مع الغلام وقيل
يتحقق له الافلاس ايضا بان يظهر عند الناس خيانته فيمتنعون عن تسليم الثياب
اليه او يلحقه ديون كثيرة ويصير بحيث ان الناس لا يامنون عن ثيابهم بخلاف
متعلق بالمسئلة الاولى اعني قوله ولو استاجر خياط لعمل نفسه تركه الخياطة
ليعمل ذلك الخياط في الصرف يعني استاجر خياط يعمل لنفسه عبدا يخيط له ثم اراد
الخياط ترك الخياطة ليعمل في الصرف فهذا ليس بعذر يفسخ به العقد مع العبد لانه
يمكنه المضي على موجب العقد بدون لزوم ضرر له بان يقعد العبد للخياطة في ناحية
الدكان وهو يعمل للصرف في ناحية اخرى منه وبخلاف بيع ما اجره فان بيعه ليس بعذر
لانه لا يلزمه الضرر في المضي على موجب العقد وانما يفوته الاسترباح وانه امر زايد
كذا في الهداية وقد تقدم ان بيع المستاجر موقوف على اذن المستاجر ومع هذا
ليس للمستاجر ان يفسخ العقد بل البيع نافذ في حق البايع والمشتري حتى

لا يحتاج الى تجديد البيع بعد الاذن ولو استاجره ليعمل له عمل الخياطة فتركه لعمل
اخر فعذر لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين فيكون عذرا اما لو اراد تركه
بعذر الافلاس او الدين وكذا لو استاجر عقارا من دكان او دار او حمام او خان
ثم اراد السفر فانه عذر للمستاجر والا لزم المنع من السفر او الزام الاجر على المستاجر
بدون السكنى وذلك ضرر له بخلاف الموجر فانه لو اجر عقاره ثم سافر لم يكن
ذلك عذرا له في فسخ الاجارة لانه لا ضرر له فيه اذ المستاجر يمكنه استيفاء المنفعة
بعد غيبته وتنفسخ الاجارة بلا فسخ ولذا قال تنفسخ لا تفسخ كما فيما سبق اذ لا خلاف
في انفساخها بدون الفسخ بعذر الموت بموت احد العاقدين اي احد من الاجر والمستاجر
او احد من الاجرين او احد من المستاجرين اذ الاجارة تنعقد ساعة فساعة فيتوقف
على حياتهما فايهما مات تنفسخ لكنه لو مات احد الاجرين او احد المستاجرين تنفسخ
الاجارة في حصته فقط دون حصة الحي على ما صرح به في قاضيخان والكافي والمحيط
وارتداد احد المتعاقدين ولحوقه بدار الحرب كموته في كونه عذرا للفسخ وان
عاد مسلما الى دار الاسلام في مدة الاجارة عادة الاجارة كذا في قاضيخان
فان قيل هذا منقوض بما ذكر في المحيط لو مات احد العاقدين قبل انقضاء مدة
الاجارة وفي الارض المستاجرة زرع يترك ذلك ويكون على المستاجر او على
ورثته الاجر المسمى لان القول بالانفساخ اضرار باحدهما فانه يجب قلع الزرع
فبقينا العقد لهذه الضرورة ولهذا وجب المسمى لان الباقي حكم ذلك العقد
وذلك العقد يستدعي ان يكون مضمونا بالمسمى انتهى فقد صرح بان هذه الاجارة
لا تنفسخ بموت احد العاقدين وكذا لو مات المكاري في الطريق لا ينفسخ العقد
حتى يبلغ مامنه على ما صرحوا به قلنا بقاء هذه الاجارة لضرورة المصلحة على
ما صرح به في المحيط كما ترى والضرورات مستثناة عقدها اي الاجارة وهو
صفة لاحد لنفسه فان عقدها لغيره فلا تنفسخ لبقاء العاقدين حقيقة لان
حكم العقد لم يقع له بل للغير فموته لا يغير حكمه كالوكيل بالايجار فان حكم العقد وقع

ونفع للموكل فموته يؤثر في فسخ العقد لا للوكيل فلا يؤثر موته قال في قاضيخان تبطل الاجارة
بموت الموكل لا بموت الوكيل بخلاف الوكيل بالاستيجار فانه كالمالك اذا مات تبطل الاجارة
لانه توكيل بشراء المنافع فكان كالوكيل بالشراء على ما في البزازية ولهذا قيدنا الوكيل
بالايجار والوصي اذا اجر عقار اليتيم او ارضه ثم مات الوصي لا ينفسخ الاجارة وكذا الاب
والقاضي اذا اجر ارض اليتيم او عقاره ثم مات لا ينفسخ العقد ولو اجر الاب او الوصي
او القاضي مال اليتيم فبلغ اليتيم في مدة الاجارة كان له ان يفسخ الاجارة وكذا لو اجر
المولى عبده ثم اعتقه في مدة الاجارة كان للعبد ان يفسخ الاجارة كذا في قاضيخان ومتولي
الوقف فانه اذا اجر الوقف ثم مات او عزل لم ينفسخ الاجارة لانه يعمل للغير كالوكيل
قال في البزازية الواقف اذا اجر الوقف بنفسه ومات القيل ان ينفسخ وبه اخذ ابو بكر
الاسكاف لانه كالمالك لا بلى احد بجره وفي الاستحسان لا يبطل لانه يعمل لغيره كالوكيل
انتهى اطلقه وهو مقيد بما لم يكن موقوفا عليه كما صرح به في وقف الاشباه حيث
قال الناظر اذا اجر ثم مات فان الاجارة لا تنفسخ بموته الا اذا كان هو الموقوف عليه
وكان جميع الريع له فانها تنفسخ بموته مسائل شتى اي المتفرقة ولو احرق حصايد
جمع حصيد وهي الزرع المحصود والمراد بها ههنا ما يبقى من اصول القصب المحصود
في الارض ارض مستاجرة او مستعارة يعلم منه ارض مملوكة له بطريق الاولى فاحترق
شيء في ارض غيره لا يضمن لان هذا تسبب لا علة وشرط الضمان في التسبيب التعدي ولم يوجد
التعدي هنا فصار كما لو حفر بئرا في ملك نفسه او احرق حصائد ملك نفسه فتلف
به انسان فانه لا يضمن لعدم التعدي فانه تصرف في ملكه بخلاف ما اذا احرقت شيئا
لانسان في الموضع الذي اوقد فيه النار او رمى سهما في ملكه فاصاب انسانا حيث
يضمن لانه مباشر فلا يشترط فيه التعدي لان المباشرة علة لا يبطل حكمها بعذر متى وجدت
وجد الحكم البتة والتسبب ليس بعلة فلا بد له من التعدي ليلحق بالعلة واحراق الحصائد
في مثله مباح فلا يضاف الحكم اليه فلا يصير علة هكذا ذكر المسئلة مشايخنا من غير تقييد
وقيدها شمس الائمة بما ذكره المصنف وهو قوله ان كانت الريح هادية وان كان مضطربة ضمن

واختلفوا في تفسير قوله هادية قيل انها بالنون من هدن اى سكن وقيل انها بالياء من هداء
بالهمزة اى سكن معناه على التقديرين انه اذا كانت الريح ساكنة حين اوقد النار ثم تحركت
لا يضمن لانه لا صنع له في تحريكها واما اذا كانت الريح مضطربة حين اوقد النار ينبغي ان
يضمن لانه يعلم انها لا تستقر فلا يقدر هذا مختار شمس الائمة واختاره المص ايضا ومن

مطلب مسائل الحريق متعلقة

هذا التفصيل قالوا انه لو وضع جمرة في الطريق فاحرقت شيئا ضمن لانه صار متعديا
بالوضع على الطريق ولو رفعته الريح الى شيء اخر فاحرقت شيئا لا يضمن لان الريح نسخت
فعله فلم يكن متعديا ولو اخرج الحداد الحديد من الكير في دكان فوضعه على المعلاة
وضربه بمطرقة وخرج مشور النار الى طريق العامة واحرق شيئا ضمن ولو لم يضربه ولكن
اخرج الريح شيئا فاحرق شيئا لم يضمن لعدم التعدي ولو اوقد في تنوره نارا والقى فيه
من الحطب ما لا يحتمله التنور فاحرقت بيته وتعدت الى دار الجار فاحرقتها يضمن صاحب التنور
ولو امر بنار في ملكه او ملك غيره فوقعت شرارة منها على ثوب انسان فاحرق قال
محمد بن الفضل يضمن لانه لم يتخلل بين حمل النار والوقوع على الثوب واسطة حتى لو طارت
الريح بشرر من النار والقتها على ثوب انسان لا يضمن لانه غير مضاف اليه بل الى الريح كذا
روى عن ابي يوسف وقال بعض مشايخنا انه مر بالنار في موضع له حق المرور فوقعت
منه شرارة في ملك انسان او القاها الريح لا يضمن والا لم يكن له حق المرور في ذلك
الموضع فالجواز على التفصيل ان وقعت منه شرارة يضمن وان هبت به الريح لا يضمن
وعليه الفتوى وله نظائر ولنذكر بعضها وفي العمادي اذا تعلق برجل وخاصم فسقط

لا يضمن بجاره

من المتعلق به شيء فضاع يضمن المتعلق للتعدي اى ان سقط من تعلقه والا فلا ومن

مطلب من هدم بيت نفسه فهدم بيت...

هدم بيت نفسه فسقط من ذلك بيت جاره لا يضمن لانه غير متعد فيه ولو ضرب
رجلا فسقط المضروب مغشيا عليه فسقط منه شيء وتوى قال محمد يضمن الضارب
المال الذي مع المضروب لانه هو المستهلك وكذا يضمن ثيابه التي عليه لو تلفت وكذا لو مات
المضروب ولو اخذ رجلا والقاه في حوض او نهر وفي جيب ذلك الرجل او في كيسه دراهم
فسقط في الحوض ان سقط عند القائه في الماء يضمن لانها سقطت بفعله وان سقطت

مطلب من قال لغيره اسلك هذا الطريق فانه آمن فسلكه وسرق ماله هل يضمن

سقطت وقت خروجه عن الماء لا يضمن لانها ضاعت بفعل صاحبها لو قال لغيره اسلك
هذا الطريق فانه آمن فسلكه واخذه اللصوص لا يضمن ولو قال ان كان مخوفا واخذ
مالك وانا ضامن وباقي المسئلة بحالها ضمن لان المغرور انما يرجع على الغار اذا حصل
الغرور في ضمن عقد المعاوضة او ضمن الغار السلامة للمغرور نصا ولو قال الطحان
لصاحب الحنطة اجعل الحنطة في الدلو فجعله في الدلو فذهبت من ثقب كان به الى
الماء والطحان كان عالما به يضمن لانه صار غارا في ضمن العقد بخلاف المسئلة الاولى
لانه ثمه ما ضمن السلامة بحكم العقد وههنا العقد يقتضي السلامة فيصير مغرورا

مطلب من فتح باب قفص فخرج الطائر او فتح الزق والسمن جامد هل يضمن

فيضمن فتح باب قفص لرجل فخرج منه الطائر او فتح الزق والسمن جامد فذاب
فخرج منه السمن قال محمد يضمن الفاتح بخلاف ما لو حل قيد العبد فابق العبد
فانه لا يضمن لان العبد له عزيمة فان العبد ذاهب العقل لا يضمن وقال ابو ح لا يضمن
في الكل الا ان الطير على الخروج بل هو مقتضى طبعه والسمن تلف من دونه لا من فتح
الزق والفتح سبب بعيد فلا يضاف التلف اليه والجواب ان كون الطير على الخروج
لما كان مقتضى طبع لا عن عزيمة اذ لا عزيمة للحيوان كان القياس ان يضمن الفاتح كما في
حبل القنديل لان السقوط بعد قطع الحبل من مقتضى طبع القنديل بخلاف ما لو
شق زق دهن سائل حتى سال فانه يضمن بالاتفاق وكره في قطع حبل قنديل معلق
فسقط وهلك ولو فتح باب اصطبل فخرج الحمار وتلف قال محمد يضمن وقال ابو ح لا يضمن

مطلب ولو نقب حائط انسان بغير اذن فدخل انسان من ذلك النقب هل يضمن

ولو نقب حائط انسان بغير الاذن ثم غاب الناقب فدخل انسان من ذلك النقب
وسرق شيئا لا ضمان على الناقب لانه متسبب لا مباشر والمباشر هو السارق وقيل
يضمن الناقب والمختار للفتوى عدم الضمان على الناقب واعلم ان اصحابنا
فرقوا بين النار والماء وقالوا لا ضمان فيما تلف بسراية النار ويضمن ما تلف
بسراية الماء لان طبع النار الخمود والتعدي انما يكون بفعل الريح ونحوه وطبع
الماء السيلان فالتعدي من فعل مسيل الماء قال ابو جعفر من سقى ارضه فتعدى
الى ارض جاره فهو على وجوه ان اجرى الماء في ارضه اجراء لا يستقر في ارضه وانما يستقر

في ارض جاره كان ضامنا وان كان الماء يستقر في ارضه ثم يتعدى الى ارض جاره ان يقدم
اليه جاره بالسكر والاحكام ولم يفعل كان ضامنا ويكون هذا بمنزلة الاشهاد
على الحائط المائل وان لم يتقدم اليه حتى تعدى لم يضمن وان كان ارضه صعودا
وارض جاره هبوطا يعلم انه اذا سقى ارضا ينفذ الى ارض جاره كان ضامنا ويؤمر
بوضع المسناة وذكر في الملتقط اذا اجرى الماء في النهر ما لم يتحمله النهر فدخل
دار انسان بغير ثقب ضمن ما تلف وان دخل دارا من جحر لا الجحر ما دخل والجحر
خفي لا ضمان عليه الكل في ضمانات العمادي والفصولين وليطلب تفصيله من هذين
الكتابين ولو اقعد خياطا وصباغا في حانوته اي دكانه من يطرح عليه العمل
بالنصف الباء متعلق باقعد صح في الاستحسان صورته انه اذا كان للخياط
او الصباغ دكان معروف وهو رجل مشهور بين الناس وله جاه واعتبار عندهم
ولكنه غير حاذق فاقعد في دكانه رجلا حاذقا ليتقبل صاحب الدكان العمل من الناس
ويطرح العمل على ذلك الرجل الحاذق ويعمل الحاذق وجعلا ما يحصل من الاجرة
بينهما نصفين جاز استحسانا وفي القياس لا يجوز والطحاوي مال الى القياس
وقال القياس في هذه المسئلة اولى عندي من الاستحسان وجه القياس ان راس مال صاحب
الدكان المنفعة وهي لا يصلح راس مال الشركة ولان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان
على ما ذكرناه يكون العامل اجيره بالنصف وهو مجهول وان كان العامل مستاجرا
لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وهو مجهول فلا يصح وجه الاستحسان
ان هذه ليست باجارة وانما هي شركة الصنايع وهي شركة التقبل لان شركة التقبل
ان يكون ضمان العمل عليهما واحدهما يتولى القبول من الناس والاخر يتولى العمل بحذاقته
وهو متعارف فوجب القول بصحته للتعامل فان قيل ان شركة التقبل هو ان يشتركا على
ان يتقبلا الاعمال على ما تقدم في الشركة وههنا ليس كذلك بل هما اشتركا في الحاصل
من الاجر اجيب بان الشركة في الخارج يقتضي ثبات الشركة في التقبل
فيثبت فيه اقتضاء فاذا كان شركة لا اجارة لم يضره الجهالة فيما يحصل كما في الشركة

في الشركة وكذا اي صح لو استاجر جملا اي ابلا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة وله المحمل
المعتاد والقياس انه لا يصح وهو قول الشافعي لان المحمل مجهول فيفضي الى المنازعة
وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة
يزول بالصرف الى المعتاد وان شاهد الجمال بالجيم اي المكاري المحمل فهو اجود لانه
ابعد من الجهالة واقرب بتحقق الرضاء منه وان استاجره اي الجمل لحمل زاد الى
مكة مثلا فاكل منه اي من الزاد في الطريق فله اي للمستاجر رد عوضه اي رد بدل
ما اكل من الزاد لانه استحق عليه حمل قدر معين في جميع الطريق فله ان يستوفيه وقال بعض
الشافعية ليس له ان يرد عوض ما اكل لان عرف المسافرين انهم ياكلون الزاد ولا يردون
بدله شيئا والمطلق يحمل على المتعارف وعقدهم هذا مطلق فيحمل على عدم الرد
بخلاف الماء حيث يكون له الرد بدل ما نفذ منه لان العرف عندهم في الماء جرى برده
عند نفاده ولنا انه لما استحق عليه حمل قدر معين في جميع الطريق له ان يستوفيه
والعرف مشترك فان بعض المسافرين يردون الزاد كالماء فلا يلزمنا عرف
البعض ويحمل فعل من لا يرد منهم على انهم استغنوا عن الرد فلا يلزم حجة
علينا ولهذا يرده بعضهم وهم المحتاجون اليه فوجب جواز رد ما نقص وهو
المقصود فمعنى قوله فله رد عوضه انه يجوز له رد عوضه ان اراد الرد وليس
للمكاري منعه ولو قال الغاصب داره فرغها منا التفريغ والا اي وان لم تفرغها
فاجرها كل شهر كذا اي فهي عليك كل شهر بكذا فلم يفرغها الغاصب فعليه اي فعلى
الغاصب المسمى لانه رضي بالمسمى بطريق التعاطي وفي اضافة الدار الى ضمير المغصوب
منه اشارة الى انه الغاصب مقر بان الدار ملك المغصوب منه فان جحد الغاصب
ملكه او لم يجحد لكن قال لا اريدها بالاجر فلا اجر على الغاصب لانه لم يكن راضيا
بالاجارة على التقديرين وان وصلية برهن المغصوب منه على ملكه بعد جحده
اي جحد الغاصب بل يحكم بالدار للمغصوب منه بلا اجر عليه لان الحكم يثبت بقدر
دليله وانما قال لكن قال لا اريدها بالاجر اذ لو سكت عند قوله فرغها والا فاجرها

كل شهر كذا يلزمه المسمى على ما صرح به الشيخ علاء الدين قال في اول الاجارات من القنية
رهن دار غيره وهي معدة للاستغلال فسكنها المرتهن لا شيء عليه لانه لم يسكنها
ملتزما للاجر بل بتاويل عقد الرهن كما لو رهنها المالك فسكنها المرتهن لا يجب الاجر
لما ذكر ثم قال بعلامة محمد الترجماني سئل الوبري عن فساد البيع بوجه او فسخ
البيع بالتراضي وطلب البايع الدار وامتنع مشتريها عن ردها فقال البايع هي عليك
كل سنة بخمسة دنانير ومضت السنة اجاب الوبري بانه يجب المسمى ان سكت
المشتري اما اذا صرح بالانكار فلا شيء عليه لان الدلالة تبطل بالتصريح بخلافه
قال الخجندي والصفار المروزي غصب دابة او دارا فقال لها مالكها اجرتها
كل يوم درهم او قال ان لم ترد الي فعليك كل يوم درهم واستعملها مدة لا اجر
عليه ما لم يقبل العقد وهذا خلاف جواب الوبري ورجح الامام الزاهدي في القنية
نقلا عن استاده جواب الوبري حيث قال بعد ما نقل جواب الوبري والخجندي
والصفار قال استادنا وما اجاب به الوبري صحيح من حيث الرواية فانه ذكر في شرح
السير الكبير استشهادا بان الموجر اذا استشهد على المستاجر بعد ما نهاه عن
الاقامة فيها بعد مضي مدة الاجارة انه ان اقام الشهر الداخل فاجر الدار عليه
عشرون درهما ثم اقام فعليه عشرون درهما لانه رضي المشروط قال وانتزع اصحابنا
منه مسئلة اخرى فقالوا جميعا بان المغصوب منه اذا شهد على الغاصب
انه ان رددت الي داري فيها والا اخذت منك كل شهر الف درهم فالاشهاد
صحيح فلو اقام فيها الغاصب بعده يلزمه الاجر المسمى قال وفي المحيط نقلا عن
النوازل مثل مسئلة الاستشهاد وفي المنتقى مثل مسئلة الغاصب لكن ما اجاب به
الخجندي والصفار صحيح من حيث المعنى لان اقامة الغاصب فيه محتمل فلا يكون رضا
بالشك هذا والذي ظهر من كلام المص انه اختار جواب الوبري في مسئلة الغصب
ايضا يعني انه يلزم الغاصب المسمى بعد تقاضي المغصوب منه وان سكت الغاصب
عن قبول العقد صريحا واختاره ايضا في البزازية حيث قال فيها سكن دار غيره لا يجب

لا يجب الاجر اذا تقاضاه رب الدار وسكن الغاصب بعده لانه يكون التزاما ومن اجر
ما استاجره باكثر يتصدق بالفضل لانه ربح ما لم يقبض وعند الشافعي يطيب له
الفضل لان المنفعة مقبوضة حكما عنده لكونها بمنزلة الاعيان عنده فصارت ربح
ما قبض هذا فيما اذا كانت الاجرة الثانية من جنس الاول والا طاب الفضل اتفاقا على
ما ذكره الطحاوي كذا في شرح المجمع قال في البزازية لا يجوز له الفضل الا في مسئلتين
احدهما اذا كانت الاجرة الثانية من خلاف جنس الاولى الثانية ان يعمل المستاجر عملا
يكون قائما وقت اجارته كعمارة الدار وتجصيصها وجعل المسناة على الارض
بخلاف كنس الدار ورفع التراب وتصح الاجارة مضافة الى الزمان المستقبل كما
اذا اضافها الى رمضان وهو في شعبان بان قال اجرتك داري هذه بكذا غدا
او في رمضان الى سنة وهو في شعبان وهذا لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة على
حسب وجود المنافع وحدوثها والمنافع لا يتصور وجودها في الحال فيكون مضافة
الى المستقبل بالضرورة وهذا هو معنى الاضافة وهل يجوز نقض هذه الاجارة قبل
مجيء ذلك الوقت ففي اول الاجارات قاضيخان رجل قال لغيره اجرتك داري هذه
غدا بدرهم ثم اجرها اليوم من غيره الى ثلاثة ايام فجاء الغد واراد المستاجر
الاول ان يفسخ الاجارة الثانية فيه روايتان عن اصحابنا في رواية للاول ان
يفسخ الاجارة الثانية وبه اخذ نصير وفي رواية ليس له ان يفسخ الثانية
وبه اخذ الفقيه ابو جعفر والفقيه ابو الليث وشمس الائمة الحلواني وهو قول
عيسى بن ابان وعلية الفتوى وذكر شمس الائمة السرخسي الاصح عندي ان الاجارة
المضافة لازمة قبل وقتها فلا يظهر الثانية في حق الاول انتهى فعلم منه ان جواز
نقض الاجارة المضافة قبل وقتها مختلف فيه والمختار للفتوى جوازه بالاجارة الثانية
والمختار عند السرخسي عدم جوازه ولو كانت الاولى ناجزة لا يظهر الثانية في حق
الاول هذا اذا كانت الاولى مضافة الى الغد ثم اجر من غيره اجارة ناجزة ولو كانت
الثانية مضافة ايضا لا يظهر في حق الاولى اتفاقا هذا فيما اذا اجر الى غيره قبل

مطلب
تصح الاجارة والمزارعة والوكالة والكفالة ونحوها مضافة الى زمان مستقبل

مجيء ذلك الوقت وهل يجوز له نقضه قبل مجيء ذلك الوقت بالبيع الى الآخر ام لا يجوز
ذكر في قاضيخان عن المنتقى فيه روايتان في رواية ليس للآجر ان يبيع قبل مجيء الوقت
وفي رواية قال اذا باع او وهب قبل مجيء الوقت جاز ما صنع والفتوى على انه ينفذ
البيع وتبطل الاجارة المضافة وهو اختيار شمس الائمة الحلواني ثم اذا نفذ البيع
فان رد عليه بعيب بقضاء او رجع في الهبة قبل مجيء وقت الاجارة عادت الاجارة
على حالها وان عاد اليه بملك مستقبل لا تعود الاجارة وهل يملك الآجر الاجرة بالتعجيل
او باشتراط التعجيل في الاجارة المضافة كما يملكها في الاجارة المطلقة على ما تقدم
في اول الاجارة ففيه روايتان في رواية انه يملك بالتعجيل او باشتراط التعجيل
وفي رواية لا يملك ذكره قاضيخان في فصل الاجارة الطويلة وفي شرح النقاية والفتوى
على انه يملك هذا كلها في اضافة الاجارة الى زمان مستقبل بان قال آجرتك
داري هذه غدا بكذا واما لو علقها بزمان مستقبل بان قال اذا جاء غد فقد آجرتك
داري هذه بكذا ففيه اختلاف قال الفقيه ابو الليث وابو بكر الاسكاف انه
يجوز ولا يعد هذا خطرا في الاجارة لان هذا الوقت يجيء لا محالة بخلاف التعليق
بشرط آخر مثل قدوم زيد وشفاء المرضى ونحوهما وقال ابو القاسم الصفار لا يجوز
وفي القنية والفتوى على الجواز وكذا فسخها اي تصح فسخ الاجارة مضافة الى زمان
مستقبل بان يقول فسختها غدا او راس الشهر الآتي واما تعليق فسخها بزمان
مستقبل مثل مجيء غد فلا يصح على المفتى به كما في قاضيخان حيث قال في اول الاجارات
لو اجر داره كل شهر بكذا ثم قال اذا جاء الشهر فقد ابطلت الاجارة قال الفقيه
ابو الليث كما يصح تعليق الاجارة بمجيء الشهر يصح تعليق فسخها ايضا بمجيء
الشهر وغيره من الاوقات وقال شمس الائمة السرخسي قال اصحابنا اضافة الفسخ
الى الغد وغيره من الاوقات صحيح وتعليق الفسخ بمجيء الشهر وغيره لا يصح
والفتوى على قوله والمزارعة اي وتصح المزارعة ايضا مضافة الى الزمان المستقبل
بان قال دفعت اليك هذه الارض للزراعة او العمل فيها غدا او راس الشهر

الآتي واما تعليقها بالشرط فلا يصح على ما تقدم قبيل كتاب الصرف والمعاملة
اي المساقاة بان قال ساقيتك بستاني هذا او كرمي واشجاري هذه من اول
الشهر الآتي او بعد شهر من هذا الوقت صح واما تعليقها بالشرط لا يصح على ما
تقدم والمضاربة كما اذا دفع عشرة دراهم الى زيد وقال له بعد ما صارت العشرة
عشرين اعمل به مضاربة بالنصف فانه يصح ويصير مضاربا عند صيرورة العشرة
عشرين وقد تقدم انها تصح تعليقها بالشرط ايضا والوكالة كما اذا قال بع عبدي
غدا او راس الشهر الآتي يصح ويصح بيعه في الغد وراس الشهر الآتي ولو اختلف
في العزل قبل ذلك الوقت وصح رجوعه اجماعا بشرط علم الوكيل على ما في شرح
النقاية نقلا عن العمادي وتصح تعليقه بالشرط كما تقدم والكفالة بان قال
كفلت بنفس فلان غدا والايصاء اي جعله وصيا بان قال وصيتك بعد موتي
والوصية بان قال ثلث مالي لكذا بعد موتي والقضاء والامارة اي تفويضهما بان قال
الامام انت قاض او امير راس الشهر الآتي والطلاق بان قال لامرأته انت طالق
غدا او راس الشهر الآتي فتطلق في ذلك الوقت والعتق بان قال لعبده انت حر
غدا والوقف بان قال داري هذه موقوفة على كذا بعد موتي او بعد هذا الشهر
لا البيع اي لا يصح اضافة البيع الى الزمان المستقبل كما اذا قال بعتك عبدي غدا
واجازته اي البيع اذا عقد فضولي بان قال اجزت بيعه غدا وفسخه اي البيع ولو كان
بيعا جائزا فلو قال احد العاقدين فسخت البيع بعد غد لا يصح الفسخ والقسمة
بان قال قسمت غدا لم يصح والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال
وابراء دين وكذا لا يصح العفو عن القصاص مضافا بان قال عفوت عنه غدا كما في العمادي
وانما لم تصح اضافة هذه العقود الى زمان مستقبل لانها تمليك وقد امكن تنجيزها للحال
فلا حاجة الى الاضافة الى المستقبل بخلاف الفصل الاول

كتاب المكاتب

قال في المصباح كاتبت العبد مكاتبة وكتابا من باب قاتل قال الازهري الكتاب والمكاتبة
ان يكاتب الرجل عبده او امته على مال منجم ويعتق العبد اذا ادى النجوم والعبد

مكاتب بالفتح اسم مفعول وبالكسر اسم فاعل فعلى هذا معنى التركيب كتاب احوال المكاتبة

المكاتب اورده عقيب كتاب الاجارة لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به

المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول

بطريق الاصالة بخلاف البيع فانه عقد يستفاد به المال بمقابلة مال وكذا الهبة بشرط

العوض وبخلاف النكاح والطلاق والعتق على مال فانها عقود يستفاد بها المال

بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول لكن ذكر

العوض فيها ليس بطريق الاصالة بل بطريق التبع الكتابة هو في اللغة اسم للمكتوب

قيل في بعض الشروح هي لغة مصدر كاتب عبده قلت فيه نظر لان مصدر كاتب

عبده ليس كتابة بل مكاتبة وكتابا واما الكتابة فمصدر كتبنا في المعاملات

لا مصدر كاتب عبده على ما صرح به في المصباح حيث قال يقال كاتب العبد مكاتبة

وكتابا من باب قاتل وكتبنا كتابا في المعاملات وكتابة بمعنى وقول الفقهاء باب

الكتابة فيه تسامح لان الكتابة اسم للمكتوب وقيل للمكاتبة كتابة تسمية باسم المكتوب

مجازا واتساعا لانه يكتب في الغالب للعبد على مولاه كتابا بالعتق عند اداء

النجوم ثم كثر الاستعمال حتى قال الفقهاء للمكاتبة كتابة وان لم يكتب شيء وشذ

الزمخشري فجعل المكاتبة والكتابة بمعنى واحد ولا يكاد يوجد لغيره ويجوز انه اراد

الكتاب فطغى القلم بزيادة الهاء انتهى ما في المصباح وقال في المغرب واما الكتابة

فلم اجدها الا في الاساس وفي الشرع تحرير المملوك فيه اشارة الى ان شرط الكتابة

قيام الرق في المحل يدا تمييز من التحرير اي ازالة المولى عن نفسه ملك اليد وتمليكه

الى العبد حتى لا يملك المولى اكسابه في الحال متعلق بالتحرير ايضا فلا يمنعه المولى عن

البيع والشراء والخروج الى السفر ورقبة عطف على يدا في المال اي في وقت اداء بدل

الكتابة هذا قول العامة وقال بعض مشايخنا انها تحرير المملوك يدا ورقبة في الحال

لكنه لا يملك رقبته الا عند الاداء هذا تحديدها شرعا واركانها الايجاب والقبول

بالفاظ سيأتي ذكرها وشرطها قيام الرق في المحل وكون البدل معلوما مالا كان او عملا

او عملا واما كونه منجما او مؤجلا فليس بشرط حتى يجوز الكتابة على المال الحال والمنجم

وحكمها في جانب العبد انتفاء الحجر وثبوت الحرية في حق اليد حالا وفي جانب المولى

بقاء رقبة العبد على ملكه وثبوت حق المطالبة ببدلها متى شاء واسترداده الى

ملكه اذا عجز فمن كاتب مملوكه بان قال كاتبتك على الف او على ان تخدمني شهرا

او سنة او سنتين مثلا فان الكتابة على الخدمة مدة معينة جائزة استحسانا

وفي واقعات المفتين قال لعبده انت حر على ان تخدمني اربع سنين فقبل عتق

وعليه ان يخدمه اربع سنين فان مات المولى قبل الخدمة بطلت الخدمة لانه شرط

الخدمة للمولى وقد مات المولى فعلى قول ابي ح وابي يوسف على العبد قيمة نفسه

وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته اربع سنين ولو كان خدم سنة ثم مات المولى

فعلى قولهما عليه ثلثة ارباع قيمة نفسه وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته ثلاث

سنين وكذلك لو مات العبد وترك مالا يقضي لمولاه في ماله بقيمة نفسه في

قولهما وفي قول محمد يقضي بقيمة الخدمة انتهى وفي الحاوي القدسي ياخذ بقول

محمد ولو وصلية صغيرا يعقل اي يعقل ان البيع سالب للملك والشراء جالب له

خلافا للشافعي فانه قال لا يصح كتابة الصغير لانه ليس باهل العقد قلنا انه اذا كان

عاقلا للبيع والشراء كان من اهل القبول وان كان لا يعقل فكاتبه ثم اداها عنه رجل

فقبلها المولى لم يعتق ويسترد المال لان اداء البدل انما يتصور في عقد منعقد

لا في عقد منعقد لا في عقد باطل ولا بد ايضا ان يعقل الغبن اليسير من الفاحش على ما

في المضمرات بمال متعلق بكاتب ولا بد ان يكون المال معلوما والا فلا يصح حال او مؤجل

سنة او سنتين مثلا او منجم بان يقول كاتبتك على الف درهم الى سنة على ان

تعطيني كل شهر كذا وهو من التنجيم بمعنى التوقيت بطلوع النجم قال الراغب اصل

النجم الكوكب الطالع ويقال نجمت عليه اذا وزعته كانك فرضت ان تدفع عند

طلوع نجم اي كوكب نصيبا ثم صار متعارفا في تعدي الدفع باقدر نه هذا عندنا

وقال الشافعي لا تجوز كتابة الحالة لانه عاجز عن تسليم المعقود عليه لانه مملوك

لا يقدر على شيء وفي زماننا لا يمكنه التحصيل فلا يجوز الا منجما واقله نجمان ليتمكن
من التحصيل اذ القدرة على التحصيل شرط لصحة العقد الا نرى ان العجز الطارى يبطلها
على اصلكم فكذا العجز المقارن على اصلنا بخلاف السلم الحال فانه يجوز على اصلكم لان
العاقد في السلم اهل للملك قبل العقد في الظاهر انه قادر على انفاذ ما التزم واقدامه
على العقد يدل على ذلك ولنا اطلاق قوله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت ايمانكم
فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا الآية فانه يتناول الحال والمؤجل والصغير والكبير فلا يجوز
تقييده بالمؤجل ولا بالكبير لانه نسخ للكتاب فلا يجوز ولان البدل في الكتابة معقود به
كالثمن في البيع حتى صح الاستبدال به قبل القبض والقدرة على تسليم الثمن ليست
بشرط لصحة العقد فان من ليس عنده شيء يصلح للثمنية جاز ان يشتري ما يشاء
بما شاء بخلاف السلم فان المسلم فيه معقود عليه ولا يجوز العقد على المعدوم فجعلنا الاجل
عوضا عما فات من القدرة ليمكنه التحصيل في المدة ولان الكتابة عقد ارفاق فالظاهر
انه يسامحه ولا يطالبه في الحال بخلاف السلم لانه مبني على المماكسة والمضايقة فالظاهر
انه لا يسامحه المطالبة اذا توجه له المطالبة نحوه في الحال هذا وهل يصح الكتابة
الى اجل مجهول كالحصاد ونحوه ففي شرح النقاية للقهستاني انها تجوز فقبل العبد
صح لوجود المقتضي وهو الايجاب والقبول وارتفاع المانع وانما اشترط قبول العقد
لانه يلزمه المال لانها عقد معاوضة فلا بد من التزامه اذ لا لزوم بلا التزام وكذا اي
صح لو قال المولى جعلت عليك الفا تؤديه صفة الفا نجوما اي في اوقات متفرقة
فانها جمع نجم سمي بالوقت اولها بالنصب اي في اول النجوم كذا درهما من البدل وآخرها
اي من آخر النجوم كذا درهما من البدل فاذا اديته فانت حر وان عجزت فقن
اي فانت قن فقبل العبد صح الكتابة في الاستحسان ولزمه المال المقدر لوجود المقتضي
وارتفاع المانع يعني انها تنعقد بقوله جعلت عليك الفا تؤديها نجوما اولها كذا
وآخرها كذا فاذا اديته فانت حر كذا تحتمل الكتابة والضريبة على عبده ما شاء من المال
فيما شاء من المدة وقوله بعد ذلك يكون تفسيرا له مخصصا له بالكتابة دون

دون الضريبة لانه ظاهر في الكتابة فيصلح تفسيرا للمحتمل وقوله بعد ذلك وان عجزت
فقن فضلة من الكلام غير محتاج اليه وانما اتى به حثا له على اداء بدل الكتابة ولو قال
اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فهو تعليق في رواية ابي حفص قال
فخر الاسلام وهو الاصح اعتبارا بما لو قال اذا اديت الي الفا في هذا الشهر بلا تنجيم
فانت حر فانه تعليق لا كتابة والتنجيم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها
لانه يدخل في سائر الديون ايضا وقد يخلو الكتابة عنه ولم يوجد لفظ مختص
بالكتابة حتى يكون تفسيرا لها فلا يكون كتابة بل يكون تعليقا وقيل وهو رواية
ابي سليمان مكاتبة لان التنجيم يدل على الوجوب لانه يستعمل التيسير وذلك
في المال ولا يجب الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا في الكتابة واذا
صحت الكتابة لخلوها عن المفسد بعد تحقق المقتضي خرج المكاتب والمكاتبة
عن يد المولى لتحقق الحرية يدا في الحال كما دل عليه تحديدها بما تقدم ولهذا لم يكن
للمولى بعد تحقق العقد منعه عن السفر ولو بعيدا ولا عن البيع والشراء لانه مالك يده
وكسبه دون ملكه اي ملك المولى لما مر في التعريف من انه حر رقبة في المال لا في الحال
فلا يخرج رقبته عن ملكه في الحال ولان الكتابة عقد معاوضة تقتضي المساوات بين
المتعاقدين واصل البدل يجب للمولى في ذمته بنفس العقد لكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه
الا بالقبض لان ثبوته في ذمته مع المنافي انه المولى لا يستوجب دينا على عبده ولهذا
لا تصح الكفالة به فثبت للعبد بمقابلته مالكية ضعيفة ايضا فاذا تم للمولى الملك
بالقبض تمت المالكية للعبد ايضا وتمام المالكية لا يكون الا بالعتق فيعتق لضرورة المالكية
فيتحقق المساوات بذلك ابتداء وانتهاء فان اتلف تفريع على قوله خرج عن يد
المولى اي ان اتلف المولى ماله اي مال المكاتب ضمنه المولى لانه بالكتابة خرج عن يد المولى
وصار كالاجنبي فصار احق باكسابه ليتوصل الى المقصود بالكتابة وهو حصول الحرية له
وكذا اي ضمن المولى العقران وطئ المكاتبة لانها احق بقيمة بضعها بالكتابة والمراد بالعقر
هو قيمة بضعها او جنى عليها اي على المكاتبة او على ولدها يعني لو جنى على المكاتبة او على

ولدها بالجرح او على مالها بالاتلاف يضمن ارش جرحها وقيمة مالها او مثلها لانها احق
بنفسها ومالها بالكتابة وكذا يضمن ارش جرح المكاتب ان جنى عليه بالجرح وان كاتبه على
قيمته فسدت الكتابة وصورته كاتبتك على قيمتك وان اديت الي قيمتك فانت حر
فان اداها اي القيمة هكذا وقع في النسخ بالفاء ولو قال وان اداها بالواو مكان الفاء لكان
اولى عتق لارتفاع الجهالة بالاداء وانما فسد لان القيمة مجهولة القدر لاختلافها باختلاف
المقومين وكذا جنسها مجهول لان القيمة تعتبر بجنس الثمن وهو النقدان ولم يتعين
واحد منهما فتفسد لتفاحش الجهالة كما اذا كاتب على دابة او ثوب لان الدابة والثوب
اجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت في الذمة اصلا حتى في النكاح ولان موجب الكتابة
الفاسدة القيمة فالتنصيص عليها تنصيص على موجب العقد الفاسد فيكون فاسدا كذا
في الزيلعي قلت هذا الوجه الثاني من قبيل الاستدلال بوجود اللازم الاعم على وجود الملزوم
وقد ثبت ان وجود اللازم لا يدل على وجود الملزوم بل الامر بالعكس وقد يقال بطريق المعارضة
انه لو كاتب عبده على عبد يجوز ويجب قيمة عبد وسط او قيمته حتى لو اتى بقيمته يجبر
المولى على قبولها ولو كانت الكتابة على القيمة فاسدة لما صح ذلك لجيب بان القيمة في مسئلة
الكتاب لو وجبت وجبت قصدا وهي مجهولة فلا يمكن ايجابها قصدا وفيما اذا كاتبه
على عبد يجب حكما لا قصدا وكم من شيء يثبت حكما وضمنا ولا يثبت قصدا اذ لا معتبر
بالضمنيات في الشرع الا ترى ان بيع الجنين لا يجوز قصدا ويجوز تبعا للامة وكذا تفسد
لو كاتبه على عين لغيره من المكيل او الموزون او العروض لا النقد من دراهم او دنانير فان الكتابة
على دراهم الغير او دنانيره صحيح لعدم تعينها بالتعيين ولذا قيده بقوله تتعين بالتعيين
قال في قاضيخان اذا كاتبه على عين لغيره فيه روايتان والاظهر هو الفساد وروى الحسن
عن ابي حنيفة ان هذه الكتابة جائزة حتى لو ملك العبد ذلك العين وسلمها الى المولى عتق
وان عجز رد الى الرق لان المسمى مال متقوم والقدرة على التسليم موهومة فصار كما لو
تزوج امرأة على عبد غيره فان التسمية صحيحة حتى لو لم يجز المالك رجعت على الزوج
بقيمة العبد لا بمهر المثل ولو فسدت لرجعت به ووجه ظاهر الرواية ان العين في المعاوضات

في المعاوضات معقود عليها والقدرة على تسليم المعقود عليه شرط لصحة العقد الذي
يحتمل وتسليم تلك العين ليس في قدرة العبد فلا تصح تسميته بخلاف ما اذا كان البدل
غير عين كالدراهم والدنانير لانه معقود به في العقد فلا تشترط القدرة عليه
كالثمن في البيع لان القدرة عليه ليس شرط لصحة البيع وانما شرط لصحة القدرة على
المبيع وبخلاف النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو تسليم منافع البضع
ليس بشرط حتى لو تزوج صغيرة رضيعة جاز فعلى ما هو تابع فيه وهو المهر اولى
ان لا تشترط فيه القدرة ولذا جاز مع نفي المهر ايضا ولان الكتابة شرعت على وجه
يختص المكاتب بمكاسبه فيثبت له حرية اليد حالا وحرية الرقبة مالا على ما نطق
به تعريفها المذكور فلو جاز هذه الكتابة لثبت الحريتين معا لا على وجه التعاقب
فيكون اعتاقا ببدل لا كتابة وهو خلاف الغرض هذا فيما اذا لم يجز صاحب العين
للعبد ولو اجاز صاحب العين له روي عن محمد انها تجوز كما لو اشترى شيئا بمال
الغير فاجاز صاحبه يجوز بالاجازة مع ان البيع والشراء على المماكسة فالكتابة اولى
لانها مبنية على المسامحة والمساهلة وروي عن ابي حنيفة انها لا تجوز ايضا اعتبارا له
بحال عدم الاجازة وروي عن ابي يوسف انها تجوز ان اجاز ذلك صاحبه او لم يجز
غير انه اذا اجاز وجب تسليم عينه واذا لم يجز وجب تسليم قيمته كما في النكاح فان
لم يجز صاحبه لكن المكاتب ملك العين بسبب واداه فعن ابي حنيفة انه لا يعتق
لانه لم ينعقد العقد الا اذا قال له اذا اديت الي كذا فانت حر فحينئذ يعتق بحكم
الشرط وهذا في ظاهر الرواية عنه وهو رواية عن ابي يوسف ايضا وفي رواية اخرى
عن ابي يوسف انه يعتق قال ذلك الشرط او لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد
بكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط وان كاتبه على عين في يد المكاتب وهو من
كسبه بان كان ماذونا له في التجارة ففي رواية يجوز لانه كاتبه على بدل معلوم
يقدر على تسليمه وفي رواية لا يجوز لان المولى كاتبه على مال نفسه اذ الكلام في
عين اكتسبه من قبل في يد المولى ولو كاتبه على دراهم ودنانير على يد المكاتب

وهو من كسبه ايضا يجوز بالاتفاق لانها لا تتعين في عقود المعاوضة. او كاتبه على مائة
من الدراهم او الدنانير ويرد المولى اى بشرط ان يرد المولى عليه اى على العبد المكاتب
عبدا غير معين حتى لو شرط ان يرد عليه عبدا معينا او امة معينة صح العقد اتفاقا
كذا في الدرر هذا عند ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف يجوز ولو كان العبد غير معين
وتقسم المائة على قول ابي يوسف على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط فيسقط قسط
العبد والباقي بدل الكتابة. لان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز استثناؤه من العقد
ايضا والعبد يجوز عقد الكتابة عليه فكذا يجوز استثناؤه من عقد الكتابة ايضا
فيكون العبد مكاتبا بما بقي من قيمة العبد المستثنى اعني الوسط لان المطلق ينصرف
الى الوسط فان قيل المستثنى مجهول وجهالة المستثنى يقتضي جهالة المستثنى
منه وجهالة البدل تفسد الكتابة قلنا جهالة المستثنى جهالة في وصف
وهي لا يمنع صحة التسمية فكذا جهالة الباقي لا يمنع صحة التسمية ولهما
ان بدل الكتابة مجهول القدر فلا يصح كما اذا كاتبه على قيمة العبد ابتداء
وهذا لان العبد لا يمكن استثناؤه من الدراهم والدنانير الا باعتبار القيمة
وتسمية القيمة تفسد العقد فكذا استثناؤها لان الاستثناء معتبر بالتسمية
على معنى ان كل ما يصح تسميته يصح استثناؤه وما لا فلا فكانت هذه الجهالة
مفسدة وان كاتب المسلم عبده مسلما كان العبد او كافرا بخمر او خنزير فسد
لان الخمر والخنزير لا مالية لهما في حق المسلم فلا يصلحان بدلا وكذا اذا كاتب الذمي
عبده المسلم على خمر او خنزير فسد العقد كما ذكرناه بخلاف ما لو كاتب الذمي
عبده الكافر على خمر او خنزير فانه يصح لان الخمر والخنزير مال في حقهما فينعقد
العقد صحيحا لصحة البدل فان اداه اى ادى الخمر او الخنزير عتق اى سواء قال
المولى حين كاتبه ان اديت الي فانت حر او لم يقل ذلك في ظاهر الرواية
عن ابي ح وصاحبيه وعن ابي ح ومحمد انه يعتق باداء عين الخمر والخنزير اذا قال ان اديتها
فانت حر باعتبار انه تعلق بالشرط وقد وجد الشرط فصار نظير ما لو كاتبه على ميتة او دم فانه

فانه لا يعتق الا في صورة التعليق وعن ابي يوسف انه يعتق باداء عين الخمر
والخنزير وباداء قيمة نفسه ايضا اما الاول فلانه بدل صورة واما الثاني فلانه بدل
معنى وقال زفر لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة
كما في البيع الفاسد كذا في اكثر نسخ الهداية في نقل قول زفر وقال في بعض نسخها وقال
زفر لا يعتق الا باداء قيمة الخمر قالوا وهو غلط من الكاتب ووجه بان هذا يجوز ان
يكون رواية اخرى لان الخمر من المثليات فيصلح قيمته بدلا ثم وجه ظاهر الرواية
ان الخمر والخنزير مال في الجملة وان لم يكن لهما تقوم عند المسلم فامكن اعتبار
معنى العقد فيهما وموجبا للعتق عند اداء البدل المشروط بخلاف الدم والميتة
اذ ليس لهما مالية اصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيهما فاعتبر فيهما معنى
الشرط بان قال ان اديت الي فانت حر حتى لو لم ينص على هذا الشرط لم ينعقد
العقد اصلا بخلاف الخمر والخنزير حيث ينعقد العقد عليهما فاسدا وان لم
ينص على الشرط كما ذكرناه ولزمه اى لزم المكاتب قيمة نفسه يعني اذا عتق
اداء عين الخمر والخنزير لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب رد رقبته لفساد العقد وقد
تعذر رده لوقوع العتق بالاداء فيجب رد قيمة رقبته كما في البيع الفاسد فانه اذا تعذر
عين المبيع بسبب الهلاك يجب رد قيمته في القيمي ورقبة العبد قيمي فيجب رد
قيمته واشار باضافة القيمة الى نفسه الى رد ما في بعض نسخ الهداية حيث قال
قال زفر لا يعتق الا باداء قيمة الخمر كما ذكرناه والكتابة على ميتة او دم باطلة لانهما
ليستا بمالين عند احد اصلا فلا ينعقد العقد لعدم البدل فلا يعتق باداء المسمى
لبطلان التسمية الا اذا قال ان اديت الي فانت حر فانه ينعقد بصريح الشرط
ويعتق بحكم اليمين لا لاجل الكتابة ولا يلزمه شيء لان العتق حصل بقضية التعليق
لا بقضية عقد المعاوضة وتجب القيمة اى قيمة العبد الذي كاتبه مولاه في الكتابة الفاسدة
اى بالغة ما بلغت على ما في العناية ولا تنقص القيمة عن المسمى وتزاد عليه اى على المسمى
وهذا لانه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت لان المولى

ما رضي بالنقصان سواء كان في المسمى او في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا
يرضى بالنقصان لانه بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضي
بالزيادة سواء كانت في القيمة او في المسمى كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فانه ان لم
يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت له ادراك شرف الحرية كذا في العناية وبهذا
التقرير يندفع ما قيل ان اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق باداء عين الخمر فكيف
يتصور بطلان حق العبد في العتق اصلا بعد استيفاء حقه لو لم يرض بالزيادة
وجه الاندفاع ان اعتبار الزيادة والنقصان على بناء على التقرير المذكور انما هو عند
ابتداء العقد لا في بقائه وصحت اي الكتابة على حيوان ذكر جنسه كالعبد والفرس
والحمار لا وصفه كالجودة والرداءة ولا نوعه ككونه تركيا او هنديا وكذا صحت
على ثوب بين جنسه من القماش والقطن والكتان لا وصفه من الجودة والرداءة
ولا نوعه من التركي والهندي ولزم الوسط من ذلك الجنس او قيمته اي قيمة الوسط
وقدر ابو ح الوسط في العبد بما قيمته اربعون درهما وقالا على قدر غلاء السعر ورخصه
ولا ينظر في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان عقد الكتابة عقد ارفاق فالظاهر انه يكون
البدل على اقل من قيمة المكاتب ثم انما لزم الوسط لان الاصل في الحيوان المجهول اذا
ثبت في الذمة ان ينصرف الى الوسط كما في الزكاة والدية وفي الوسط نظر الجانبين وانما
جوز القيمة حتى يجبر المولى على قبولها لانه قضاء في معنى الاداء لانها اصل من وجه
اعني من حيث ان البدل اي الوسط يعرف بها فصار كانه اتى بعين المسمى هذا عندنا
وقال الشافعي لا تجوز هذه الكتابة لانها عقد معاوضة كالبيع فيكون تسمية البدل
شرطا فيها كما في البيع والبيع مع البدل المجهول والاجل المجهول لا يجوز فكذا الكتابة
قلنا ان هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على البيع اما ان يكون من حيث ابتدائها
او من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة
مال بغير مال لانها في مقابلة فك الحجر في الابتدا وكذلك الثاني لانها وان كانت في
الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه سقط الملك فيه فاشبه النكاح

النكاح في الانتهاء وفي انه مبني كل منهما على المسامحة وهذا القدار كاف في الحاقها بالنكاح
فلا تفسدها الجهالة اليسيرة في البدل كما في النكاح وصار الجهالة في البدل كالجهالة في الاجل
فانه اذا كاتبه على الف الى الحصاد والدياس صح لان ما كان مبناه على المسامحة لا يضر فيه
الجهالة اليسيرة بخلاف البيع فانه مبني على المضايقة والمماكسة فتضره الجهالة في
البدل والاجل بخلاف ما اذا كاتبه على دابة او حيوان حيث لا يجوز لان الجهالة فيها
فاحشة لا يسيرة حيث لم يبين فيها الجنس وكذا لو كاتبه على قيمته فان الجهالة
فيه ايضا فاحشة على ما تقدم وصح كتابة كافر عبده الكافر بخلاف عبده المسلم فانه
لا تصح كتابة عبده المسلم على خمر او خنزير على ما تقدم بخمر مقدر وانما جازت لان
الخمر مال عندهم كالخل عندنا فصحت الكتابة بها وانما اعتبر التقدير ليعلم قدر البدل
واي من المولى والعبد اسلم فللسيد قيمتها اي قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تملك
الخمر وتمليكها والقيمة تصلح بدلا في العقد الا ترى انه لو كاتب عبده على عبد غير عين
فجاء بقيمة عبد وسط اجبر المولى على القبول وعتق المكاتب باداء عينها اي عين
الخمر لما تقدم من قبل ان الخمر مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق
عند اداء البدل المشروط واذا عتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته وقال في
العناية نقلا عن التمرتاشي انه لو ادى الخمر لا يعتق فكان في العتق باداء الخمر
روايتان وتفصيله في الزيلعي

باب تصرف المكاتب

له اي للمكاتب
ان يبيع ويشتري ولو بغبن فاحش والمحاباة عند ابي ح واما عندهما فلا يصح بهما
ولو قال صح لها للتجار لكان شاملا لمثل المضاربة والشركة والاحالة والاستيجار
والاستقراض والابضاع والاستبضاع والرهن والارتهان فان هذه التصرفات
كلها من صنيع التجار فساغ للمكاتب كلها ويسافر لانه لما خرج عن يد المولى بالكتابة
على ما تقدم كان له هذه التصرفات لتحصيل البدل وليس للمولى منعه لخروجه عن يده
وان وصلية شرط عدمه اي عدم السفر بان قال كاتبتك على ان لا يخرج من البلد
وكذا الحال في باقي التصرفات المذكورة وهذا لان هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة

لان مقتضاه مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص بنفسه ومنافعه لتحصيل
ما هو المقصود بالعقد وذلك قد يكون بهذه التصرفات والسفر الى البلاد النائية والتقييد
بمكان معين ينافيه والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل فهذا الشرط باطل فان قيل فهذا
بطلان العقد كما في البيع فانه يبطل ببطلان الشرط اجيب اولا بان الشرط الباطل انما
يبطل الكتابة اذا تمكن في صلب العقد وهو بدخل في احد البدلين كما اذا قال كاتبتك على ان
تخدمني مدة او زمانا على ان اطئوك وهذا ليس كذلك لانه لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله
فلا تفسد به الكتابة وتحقيق هذا الجواب ان الكتابة تشبه البيع من حيث انها عقد معاوضة
واحتمالها الفسخ قبل الاداء وتشبه النكاح من حيث انها معاوضة مال بغير مال فعملنا فيها
بالشبهين فقلنا ببطلان الشرط وصحة العقد اذا لم يتمكن في صلب العقد عملا بشبه النكاح
وببطلان العقد اذا تمكن في صلبه عملا بشبه البيع وثانيا بان الكتابة في جانب العبد اعتاق
والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة ويزوج امته لان تزوج امته من باب الاكتساب
لانه يملك مهرها ويسقط نفقتها عن نفسه وقد اطلق له باب الاكتساب ضرورة قضية
عقد الكتابة فيملك هذا ايضا ضرورة لكن هذا اذا زوج امته اجنبيا واما اذا زوج
امته عبده لا يجوز لانه ليس فيه اكتساب المال كذا ذكره في المحيط والولوالجي وعن ابي
يوسف انه يجوز ايضا ويكاتب عبده خلافا لزفر والشافعي لانه يؤول الى العتق
وليس للمكاتب ان يعتق عبده ولو على مال ولنا ان الكتابة عقد اكتساب للمال فيملكها
كما يملك البيع وربما يكون الكتابة انفع من البيع اذ البيع يزيل الملك بنفسه
والكتابة لا تزيله الا بعد وصول البدل اليه ولهذا يملكه الاب ووصيه فاذا جاز البيع
فاولى ان تجوز الكتابة بخلاف العتق على مال فانه ليس باكتساب للمال بل هو من
التصرفات الضارة فان بمجرد الاعتاق على مال يزول الملك في الحال بعوض في ذمة
المفلس اذ هو حين اعتق مفلس لا مال له ولا يزول في الكتابة الا بعد سلامة البدل
له والظاهر ان البدل اكثر من قيمته فظهر الفرق بين الكتابة والعتق على مال ولان الاعتاق
على مال فوق الكتابة والعقد لا يتضمن فوقه ويضمن مثله فجاز له الكتابة دون الاعتاق

الاعتاق على مال ولا تعليق العتق على مال الا ان في تعليقه على مال اثبات للحرية مقصودا فيكون
فوق الكتابة فان ادى اي اذا صح كتابة عبده فان ادى المكاتب الثاني اي عبده بدل
الكتابة للمكاتب الاول بعد عتق المكاتب الاول فولاؤه اي ولاء المكاتب الثاني له
اي للاول لان الولاء لمن اعتق وقد عتق الثاني بعد تمام ملك الاول في رقبته فهو من اهل
الولاء لحريته كملا فثبت له الولاء وان ادى قبله اي قبل عتق الاول فللسيد اي
فالولاء للسيد لانه تعذر اثبات الولاء من المكاتب الاول لانه رقيق رقبة بعد فلا
اهلية له للولاء فيخلفه فيه اقرب الناس اليه وهو سيده كما اذا اشترى المأذون
شيئا فانه لا يملكه لعدم الاهلية ويخلفه فيه مولاه لانه اقرب الناس اليه فلو ادى الاول
بعد ذلك وعتق لم يرجع ولاء الثاني الى الاول لانه بمنزلة النسب وقد تقرر على شخص
فلا ينتقل بعده الى غيره ولان السيد جعل معتقا مباشرة حكما لعدم اهلية المكاتب الاول
والولاء لا ينتقل من المعتق المباشر ولو حكما بخلاف جر الولاء في ولد الجارية فان مولى الجارية
هناك ليس بمعتق مباشرة بل سببا باعتبار اعتاق الاصل وهي الام والاصل ان الحكم
لا يضاف الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا اعتق
زالت الضرورة فتحول الولاء الى قوم الاب وسيأتي تفصيله وليس له اي للمكاتب
ان يتزوج امرأة بلا اذن سيده لانه ليس من باب الاكتساب وفيه ضرر للمولى بلزوم المهر
في رقبته وان اذن له المولى بذلك جاز لزوال المانع وهل للمكاتبة ان تتزوج رجلا بلا اذن
مولاها قال الاسبيجابي في شرح الكافي ولا تتزوج المكاتبة بغير اذن مولاها لانها مملوكة
للمولى وقال زفر يجوز ذلك لانه من باب الاكتساب قلنا المهر انما وجب في مقابلة الملك
في الذات لا في المنافع وهو حق السيد فلا يملك التصرف فيه بغير اذن السيد
وان عتقت المكاتبة قبل ان يفسخ النكاح يجوز ذلك النكاح لزوال المانع وهو حق
المولى ولا خيار لها لانها باشرت العقد برضاها ونفذ بعد الاعتاق كذا في شرح الوقاية
لعلاء الدين لكن قال في قاضيخان المكاتبة اذا تزوجت باذن المولى ثم عتقت كان لها
خيار العتق واحكام المكاتبة في النكاح والعدة احكام الامة وهل للمكاتب التسري قال

اصحابنا الا قال في الدرر ولا التسري اي اشتراه جارية ليستمتع بها وطئا ولو باذن المولى كالماذون
والمدبر لانه مبني التسري على ملك الرقبة دون المتعة فالرقيق وان كان مكاتبا وماذونا
او مدبرا لا يملك شيئا من احكام ملك المال لكون رقبته مملوكة ولا ينفع اذن المولى انتهى
ولا يهب ولو وصلية بعوض ولا يتصدق الا بيسير لان كلا من الهبة والتصدق تبرع
ليس باكتساب المال والهبة بعوض تبرع ابتداء فلا يملكه واليسير من الصدقة من ضرورات
التجارة لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو
من ضروراته ولوازمه ولا يجوز وصيته في ماله وان ترك وفاء وكذا لا يجوز ايصاؤه في ولده
الا ان يعتق قبل وفاته ثم يموت فان مات عن غير وفاء بطلت وان مات عن وفاء كان وصيا
عن اولاده الذين دخلوا في كتابته لا في اولاده الحرائر كذا في الحاوي وقال في قاضيخان المكاتب
اذا اوصى بوصية فهو على وجوه ثلاثة ان اوصى بوصية ثم مات عن وفاء لا يصح وصيته
لانه يعتق قبل الموت في ساعة لا يسع كلمة الايصاء والوجه الثاني ان يقول المكاتب اذا اعتقت
فقد اوصيت بثلث مالي لفلان ثم ادى بدل الكتابة وعتق ثم مات بعد ذلك كانت وصيته
صحيحة في قولهم والثالث اذا اوصى بوصية ثم ادى فعتق ثم مات صحت وصيته في
قول ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة لا تصح الا ان يجددها بعد العتق انتهى ولا يكفل ولا
يقرض لان كلا من التكفل بالنفس او المال ومن الاقراض تبرع وليس من ضرورات التجارة
والاكتساب فلا يملكه المكاتب ولو اجاز المولى كفالته واقراضه وهبته لا يجوز ايضا لانه
لا ملك له في ماله وانما له حق التملك وكل من الكفالة والاقراض والهبة مبني على حقيقة
الملك كذا في شرح الوقاية لعلاء الدين نقلا عن الاقطع ولا يعتق عبده ولو وصلية
بمال لانه ليس من الاكتساب بل من التصرفات المضرة للمولى على ما ذكرناه من قبل ولا يزوج عبده
امرأة لانه ليس من باب الاكتساب وفيه تنقيص العبد وتعييبه بشغل ذمته بالمهر والنفقة
ولا يبيعه اي عبده من نفسه اي نفس العبد لانه اعتاق على مال والمكاتب لا يملكه على ما تقدم
والاب والوصي في رقيق الصغير كالمكاتب يعني يملك الاب والوصي في رقيق الصغير
ما يملك المكاتب في رقيقه فيملكان كتابة عبد الصغير لا اعتاقه على مال ولا بيعه من نفسه

من نفسه ولا تزويجه ويملكان تزويج امته ولا يملك العبد الماذون شيئا من ذلك اي من
تزويج امته وعبده وكتابته والتصدق والتكفل والاقراض والاعتاق على مال لان هذه
التصرفات ليست من الاكتساب والتجارة والماذون له يملك ما هو من باب التجارات
دون غيره هذا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف له اي للماذون له تزويج امته
لان فيه نفعا له من الزام المهر على الزوج والنفقة عليه وعلى هذا الخلاف المضارب والشريك
بشركة عنان ومعاوضة قالا لا يملكان التزويج والكتابة لانهما ليسا من التجارة والمضارب
والشريك لا يملكان الا التجارة وقال ابو يوسف لهما تزويج الامة لما ذكر وان اشترى المكاتب
قريبه ولادا اي ابوه وامه واولاده وان علوا وان سفلوا دخل في كتابته ويكون كسبه له
لان المكاتب وان لم يكن اهلا للعتق لكنه اهل لان يكاتب كما تقدم فيجعل كل منهم
مكاتبا معه داخلا في كتابته تحقيقا للصلة بقدر الامكان وانما قال دخل في كتابته
ولم يقل صار مكاتبا اشعارا بانه ليس اصالة بل تبعا لانه لو صار مكاتبا لكان اصلا
في الكتابة ولبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلي وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب
الاصلي بيع الاب لما ان كتابة الداخل بطريق التبعية لا الاصالة فاذا عجز الاصل
بقي التبع رقا ثم افواههم دخولا في الكتابة الولد المولود في كتابته بان اشترى المكاتب
امة فوطئها فولدت منه ولدا قبل اداء الكتابة فان هذا الولد داخل في كتابته معه
ويكون كسبه له ثم الولد المشتري ثم الابوان ولهذا يتفاوتون في الاحكام
فان الولد المولود في كتابته يكون حكمه حكم ابيه حتى اذا مات ابوه ولم يترك وفاء يسعى
على نجوم ابيه ولم يرد رقا والولد المشتري يؤدي بدل الكتابة حالا ولا يتمكن من السعاية
على نجوم الاب ليظهر نقصان حاله عن الولد المولود في كتابته في التبعية وان لم يؤد
البدل حالا يردا الى الرق والوالدان يردان الى الرق كما مات المكاتب ولم يقبل منهما
البدل بعد موت المكاتب لا حالا ولا مؤجلا وانما كان احوالهم كذلك لان الولد المولود
في كتابته تبعيته ثابتة بالملك وبالبعضية بينهما حكما في حق العقد لا حقيقة في حقه
اذ لا بعضية بينهما حقيقة بعد الانفصال والوالدان تبعيتهما باعتبار الملك فقط

لا البعضية فانهما ليسا ببعض له فاختلف الاحكام لذلك كذا في الزيلعي فان قيل قد صرحوا
وذكرناه ايضا ان المكاتب لا يملك وطئ جاريته حتى صرح حسن ابن زياد في المجرد ان المكاتب
لا يتسرى فكيف يتصور للمكاتب الولد المولود في كتابته قلنا لا يلزم من عدم جواز التسري
ان لا يثبت نسب الولد المولود في كتابته منه وان لا يدخل في كتابته لان الوطئ بشبهة يكفي
في ثبوت النسب وللمكاتب ملك اليد في امته المشتراة فكان ذلك شبهة في وطئه فيثبت
نسبه منه بعد الدعوة وبه صرح في المجرد حيث قال المكاتب ليس له ان يتسرى جارية ولا
ان يتزوج امرأة وان تسرى فولد منه ولد فادعاه ثبت نسبه منه ولهذا اذا ادعى المولى
ولد جارية مكاتبه صح النسب منه للشبهة وان لم يحل الوطئ له وكذا اذا ادعى احد الشريكين
ولد الجارية المشتركة ثبت نسبه منه فان قيل ما الفرق بين الولد المشترى في كتابته وبين
ما اذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير فانه اذا اعتق المولى الولد المشترى في كتابته
لم يسقط من البدل شيء واذا اعتق الصغير يسقط من البدل ما يخصه وكذا اذا اعتق
المولى الولد المولود في كتابته لم يسقط شيء من البدل فالجواب ان الولد المشترى
والولد المولود في كتابته تبع من كل وجه للمكاتب فلا معتبر بهما في امر البدل لتقرره قبل
دخوله في الكتابة واما الصغير فقد كان مقصودا بالعقد من وجه وكان البدل
في مقابلته ومقابلة والده فلهذا يسقط ما يخصه من البدل ولو اشترى ذا رحم محرم
غير الولاد كالاخ والاخت والعم والعمة والخال والخالة لا يدخل في الكتابة عند ابي ح
حتى جاز للمكاتب بيعهم لكن المكاتب اذا ادى البدل عتقوا ولا سعاية عليهم على ما صرح
به في الدرر خلافا لهما حيث قالا يدخل فيها اعتبارا بقرابة الولاد لان وجوب الصلة
ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في ان الحر اذا اشترى ذا رحم محرم منه غير الولاد يعتق
عليه كما يعتق ابواه واولاده ولابي ح ان للمكاتب كسبا لا ملكا لانه ملك لغيره والمملوك
لا يملك ولهذا لا يملك الهبة ونحوها من التبرعات ولو اشترى زوجته لم يفسد النكاح
عليه ويجوز دفع الزكاة اليه ولو وجد كنزا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد
لا في غيره الا ترى ان القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرها

في غيرها حتى لا تخاطب الاخ بنفقة اخيه الا اذا كان موسرا والدخول في الكتابة بطريق
الصلة فتختص بمحله ولان قرابة الاخوة توسطت بين القرابة البعيدة وهي
بني الاعمام والقرابة القريبة وهي الولاد والمتوسط بين الشيئين ذو حظ منهما
فعملنا بالشبهين والحقناها بالقريبة في العتق حتى اذا ملك الحر اخاه عتق عليه
كما اذا ملك والده او ولده وبالبعيدة في الكتابة حتى اذا ملك المكاتب
اخاه لم يدخل في كتابته كما اذا ملك ابن عمه وهذا اولى من العكس لانا لو الحقناها
بالولاد في الكتابة وجب علينا ان يلحقها به في العتق ايضا لانه اسرع نفوذا من
الكتابة وفي ذلك ابطال الاحد واعمالهما ولو بوجه اولى من اهمال احدهما
وان اشترى ام ولده مع ولدها دخل الولد في الكتابة ولا يباع الام يعني ان المكاتب
له امرأة قنة اذا ولدت قبل ان يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها
المكاتب مع ولدها بان ملكها مولاها مع ولدها فليس له ان يبيعها بالاتفاق
لان ولدها دخل في الكتابة ولما دخل ولدها في الكتابة امتنع بيعه لما ذكرناه
من قبل والام تابعة للولد في هذا الحكم لقوله صلى الله عليه وسلم اعتقها
ولدها فامتنع بيعها ايضا وهل يدخل الام في الكتابة ايضا والذي ظهر
من كلام المص انها لا تدخل وانما يمتنع بيعها تبعا لولدها وبه صرح علاء
الدين في شرح الوقاية حيث قال ولم تدخل الام في كتابته حتى لا يعتق بعتقه
نص عليه في المبسوط انتهى لكنه قال في المجمع وشرحه انها تدخل في الكتابة
حيث قالا لو اشترى المكاتب ام ولده وهو معها اي اذا اشترى المكاتب
زوجته التي ولدت بالنكاح والولد معها فكاتب عليه اي بغير ام الولد مكاتبا
عليه وحرم بيعها لانها تابعة للولد لقوله صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها
قيد بالمكاتب لان المكاتبة اذا اشترى زوجها لا يكاتب عليها ولها ان يبيعه
اتفاقا انتهى وقال الحافظ العيني في شرح الكنز انها لا تدخل في كتابته حتى لا يعتق
بعتقه ولم يفسخ النكاح لانه لم يملكها فجاز له ان يطاها بملك النكاح انتهى

فعلم ان ما في المجمع وشرحه ليس على ما ينبغي وان لم يكن معها اي ان لم يكن مع الام ولد
جاز بيعها اي بيع الام عند ابي ح خلافا لهما لانها ام ولده فصار كالحر اذا اشترى
ام ولده بدونه ولابي ح ان القياس يقتضي جواز بيعها وان كان الولد معها لان
كسب المكاتب موقوف على اداء جميع البدل فان ادى عتق وما فضل معه فهو له وان عجز
عاد هو وماله الى المولى وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ وما يقبل
الفسخ لا يجوز ان يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلاد لان ما لا يقبله اقوى من
الذي يقبله والاقوى لا يجوز ان يكون تبعا للادنى الا انه ثبت امتناع البيع فيما اذا كان
معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء
والقياس ينفيه وولده من امته يدخل في كتابته يعني ان الولد المولود للمكاتب في كتابته
من امته دخل ذلك الولد في كتابته لما ذكرناه في الولد المشتري من ان المكاتب وان لم
يكن اهلا للاعتاق فهو اهل للكتابة فان قيل ان المكاتب لا يملك التسري فكيف يتصور
له ولد من امته فالجواب عنه تقدم من قبل فارجع اليه وكسبه له اي كسب الولد للمكاتب
لان كسب الولد كسبه ان الولد كسبه وكان كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة
اختصاصه بكسب ولده وكذا لو ولدت المكاتبة ولدا دخل الولد في كتابتها لان الولد المولود
تسري اليه الصفات الشرعية الثابتة في الام كالتدبير والاستيلاد والحرية والملك فاذا
سري اليه صار حكمه حكم امه فكانت هي احق به وبكسبه لانه جزؤها وقد انقطع حق المولى
عنه ولو زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت الامة ولدا من العبد يدخل الولد في كتابة
الام وكسبه لها لان الولد يتبع الام في الصفات الشرعية الثابتة في الام كالتدبير والاستيلاد
والحرية والملك فكان مكاتبا تبعا لها فكانت احق بكسبه من الاب لانه لا ملك له
عليها حتى يسري الى الولد وقد انقطع يد المولى عنها بعقد الكتابة فكذا عن ولدها
ايضا فكانت هي احق بالولد من الاب لانه جزؤها وهي نظير المسئلة الاولى ولو قتل
هذا الولد يكون قيمته للام دون الاب لما ذكرنا انها احق به من الاب بخلاف ما اذا
قبلا الكتابة عن انفسهما وعن ولدهما صغير فقتل الولد حيث يكون قيمته بينهما

بينهما ولا يكون الام احق به لان دخوله في الكتابة هنا بالقبول عنه والقبول وجد منهما
فيتبعهما فلا يكون احدهما اولى به من الاخر وفيما نحن فيه لم يدخل بالقبول وانما
دخل بمجرد التبعية وفيها الام اولى من الاب على ما بيناه ولو نكح مكاتب بلا اذن اي باذن
المولى امراة زعمت تلك المراة انها حرة يعني انها ليست حرة في الواقع بل في زعمها
حيث قالت انا حرة فولدت تلك المراة المنكوحة من المكاتب فاستحقت المراة
فولدها عبد عند ابي ح وابي يوسف لا ياخذه المكاتب بقيمة يؤديها الى المستحق عندهما
وعند محمد حر اي بقيمته وتوخذ منه اي من المكاتب قيمته اي قيمة الولد بعد عتقه
اي عتق المكاتب له انه ولد المغرور لان المكاتب مغرور من جهتها لانه ما رغب في نكاحها
الا لينال حرية اولاده فاذا كان مغرورا كان ولده حرا بالقيمة فيجب عليه قيمة ولده
بعد العتق على ما في شرح الجامع الصغير واختاره صاحب الهداية لكنه قال في العناية
نقلا عن المبسوط انه يجب على المكاتب قيمة ولده ومهر المراة في الحال لوجود الاذن
من المولى والمص اختار رواية شروح الجامع الصغير كما ترى وهكذا ذكره الزيلعي
ثم قال هذا ان التزوج بغير اذن المولى يجب على المكاتب قيمة الولد بعد العتق ثم
اذا غرم المكاتب قيمة ولده يرجع بها على المراة بعد عتقها عند محمد لان الغرور حصل من جهتها
ولهما انه مولود بين رقيقين والمولود بين رقيقين رقيق فالولد رقيق وهذا لان
الاصل في الولد انه يتبع الام في الرق والحرية لكنا تركنا هذا الاصل فيما اذا كان الزوج حرا
باجماع الصحابة والمكاتب ليس في معنى الحر لان حق المولى اي المستحق في الحر مجبور بقيمة
واجب في الحال وفي المكاتب بقيمة متاخرة الى ما بعد العتق فتعذر الالحاق لعدم المساواة
هكذا ذكره في الهداية وغيرها واستشكله الشارح الزيلعي بان دين العبد اذا لزمه
بسبب اذن المولى فيه يظهر في حق المولى ويطالب به في الحال والمفروض هنا ان الدين صار
باذن المولى وانما يستقيم هذا اذا كان التزوج بغير اذن المولى لانه لا يظهر الدين
فيه في حق المولى فلا يلزمه المهر ولا قيمة الولد في الحال والمسئلة التي تلي على هذه
المسئلة تشهد لهذا المعنى انتهى قلت وتشهد له ايضا ما ذكرناه من المبسوط

وان وطئ المكاتب امة بملك يعني اذا اشترى المكاتب امة شراء صحيحا فوطئها بحكم
الشراء وان لم يجز وطئها له بغير اذن سيده اي سيد المكاتب فاستحقت الامة
اخذ المولى اي المستحق منه اي من المكاتب عقرها اي عقر الامة في الحال اي حال الكتابة
بلا تاخير الى ما بعد العتق قيد بغير اذن السيد ليعلم منه ما اذا كان الوطئ باذن سيده
بطريق الاولى فان لزوم العقر عليه في الحال فيما اذا كان الوطئ باذن سيده اولى مما اذا
كان وطئه بغير اذن سيده وهو ظاهر وكذا اي يلزمه عقرها في الحال ان شراها شراء
فاسدا فوطئها بحكم الشراء الفاسد فردت الامة على بايعها فانه يؤخذ من المكاتب
عقرها في الحال وان وطئها بنكاح لا يؤخذ منه اي من المكاتب عقرها الا بعد عتقه اي عتق
المكاتب سواء وطئها باذن سيده او بغير اذن سيده والفرق بينهما ان في الاول
اي الوطئ بحكم الشراء صحيحا او فاسدا باذن مولاه او بغير اذنه ظهر الدين في حق
المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقد من توابع التجارة اذ لولا
الشراء ولو فاسدا لم يسقط الحد عن المكاتب وما لم يسقط لا يجب العقر فاذا كان
من توابع التجارة ينتظمها عقد الكتابة وفي الثاني اي الوطئ بحكم النكاح لم يظهر
الدين في حق المولى لان النكاح ليس من الاكتساب فلا ينتظمها الكتابة فاذا لم يظهر
الدين في حق المولى يتاخر العقر الى ما بعد العتق بخلاف الاول فانه لما ظهر الدين فيه
في حق المولى لم يتاخر الى ما بعد العتق فان قيل ان العقر انما يثبت بالوطئ لا بالشراء والاذن
بالشراء ليس اذنا بالوطئ والوطئ ليس في شيء من التجارة حتى ينتظمها الكتابة
فالوطئ اذا كان بغير اذن المولى فكيف يظهر الدين في حق المولى وانما يظهر في حقه
ان لو اذن في الوطئ او كان الوطئ داخلا تحت الكتابة وكلاهما مفقود هنا فالجواب
ان الوطئ مستندا الى الشراء اذ لولاه لكان الوطئ حراما بلا شبهة فيجب به الحد
ولا يثبت به العقر فيكون الاذن بالشراء اذنا بالوطئ دلالة والوطئ نفسه وان لم يكن
من التجارة يمكن الشراء منها فيكون ثابتا في حق المولى ومثله اي مثل المكاتب المأذون
له في التجارة يعني لو تزوج عبد مأذون له في التجارة امرأة زعمت انها حرة بالاذن فولدت

فولدت ثم استحقت فالولد رقيق عندهما وحر بالقيمة عند محمد وتؤخذ من المأذون
قيمته في الحال لانه مغرور كما تقدم بيانه في المكاتب وكذا لو اشترى العبد المأذون له في التجارة
امة شراء صحيحا او فاسدا فوطئها باذن سيده او بغير اذنه ثم استحقت الامة او ردت
بحكم الفساد وجب عليه العقر في الحال ولو وطئها بحكم النكاح وجب عليه العقر بعد العتق
كما في المكاتب بعينه **فصل** واذا ولدت المكاتبة من مولاها وذلك بان ادعاه
المولى مضت على الكتابة او عجزت من التعجيز نفسها وهي ام ولده يعني انها مخيرة
بين المضي على الكتابة وبين قبول الرق بالعجز فان مضت فيها او عجزت صارت ام ولد
لمولاه سواء صدقته اذا ادعى او كذبته لان للمولى حقيقة الملك في رقبتها ولها حق الملك
والحقيقة اقوى من الحق فيثبت من غير تصديق وانما خيرت لانها لما صارت ام ولده
تلقاها جهتا حرية عاجلة ببدل الكتابة وآجلة بغير بدل وهي امومية الولد فتختار ايتهما
شاءت ونسب ولدها ثابت بالدعوة من المولى بلا حاجة الى تصديقها لما ذكرناه
سواء جاءت به لستة اشهر او لاكثر ولان المكاتب اذا ادعى نسب ولد مكاتبته يثبت نسبه
منها فلان يثبت من المولى اولى لان ملكه فيها اقوى من ملك المكاتب في مكاتبته بدليل
جواز اعتاق المولى مكاتبته دون المكاتب بخلاف ما اذا ادعى ولد جارية المكاتبة
حيث لا يثبت النسب من المولى الا اذا صدقته المكاتبة لانه لا ملك له حقيقة في ملك المكاتبة
وانما له حق الملك فيحتاج فيه الى تصديق المكاتبة بخلاف ما اذا ادعى ولد جارية
ابنه حيث يثبت نسبه بمجرد الدعوى ولا يحتاج فيه الى تصديق الابن لان له ان يتملك
مال ولده للحاجة فيتملكها قبل الاستيلاد بطريق الاقتضاء فلا يحتاج الى تصديقه
والولد حر لان المولى يملك الاعتاق في ولدها والدعوة منه كالتحرير واذا مضت المكاتبة
على الكتابة اخذت المكاتبة منه اي من مولاها عقره اي مهر مثلها لاختصاصها بنفسها
ومنافعها لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود من الكتابة وان مات المولى
بعد مضيها على الكتابة عتقت بالاستيلاد ويسقط عنها البدل اي بدل الكتابة
لانها ما التزمت البدل الا لتسلم لها نفسها مقابلة بجهة الكتابة فاذا سلمت

لها بجهة اخرى لم يرض بتسليمه له او لورثته مجانا فلا يجب عليها وسيأتي زيادة
تفصيل له وان ماتت المكاتبة وتركت مالا اديت منه اى من ذلك المال كتابتها وما بقي
ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر
ولا يثبت نسب من تلده بعده اى بعد الولد الاول بلا دعوة جديدة لان نسب ولد ام
الولد انما يثبت بالسكوت اذا لم يكن محرم الوطئ وهذه محرم الوطئ لانها مكاتبة فلا
بد من الدعوة ايضا بل هو اى الولد الثاني مثلها اى مثل المكاتبة لانه مكاتب تبعا لها
في الحكم حتى اذا عجزت نفسها بعد الولد الاول وولدت ثانيا ولدا آخر في مدة يمكن العلوق
بعد التعجيز ثبت نسبه من المولى بمجرد الدعوة من غير تصديق الا اذا نفاه صريحا
كسائر امهات الاولاد ولو لم يدع الولد الثاني وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد في
بدل الكتابة لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية وان
كاتب المكاتب مدبره او ام ولده صح لان ملكه ثابت في كل واحد منهما وام الولد وان
كانت غير متقومة عند ابي ح الا ان عقد الكتابة يرد على المملوك لحاجة المملوك الى التوصل
الى ملك اليد والمكاسب في الحال والى حرية الرقبة في المال بعد اداء البدل وام الولد في هذا
الحاجة كغيرها لانها مملوكة يدا ورقبة فيتحقق فيها حكم الكتابة فيملك ما يملك المكاتب
في الحال والمال فان قيل ان الكتابة يقتضي العتق ببدل وامومية الولد يقتضيه بلا بدل والعتق
الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين فالجواب انه لا تنافي بينهما لكونهما جهتي عتق
تلقيا لها على سبيل البدل فان مات المولى عتقت ام الولد بالاستيلاد لتعلق عتقها
بموت السيد مجانا لان الغرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لم يمكن
توفير الغرض عليه فسقط البدل وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بلا فائدة بالنسبة
الى البدل لكنها بقيت في حق الاولاد والاكساب فيعتق الاولاد ويخلص لها الاكساب بعد
موت المولى يعني ان الكتابة وان انفسخت في حق نفسها بالنسبة الى البدل لكنها بقيت
بالنسبة الى الاولاد والاكساب لان الفسخ للنظر لها والنظر لها في فسخها في حق نفسها
وفي بقائها في حق اولادها وسلامة اكسابها فتجعل كانها عتقت بالايفاء في حق الاولاد

الاولاد والاكساب ولو اديت ام الولد بدل الكتابة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها
باقية بعد والمدبر يسعى يعني انه كانت مدبرة او ام ولده ومات المولى قبل الاداء
فام الولد عتقت مجانا والمدبر يسعى في بدل كتابته تماما او يسعى ثلثي قيمته مدبرا
اذ كان المولى معسرا لا مال له سواه هذا عند ابي ح وعند ابي يوسف يسعى في الاقل من
البدل او ثلثي قيمته وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثي البدل او ثلثي القيمة والخلاف
ههنا في موضعين في الخيار والمقدار فابو يوسف مع ابي ح في المقدار ومع محمد في نفي
الخيار اما الكلام في الخيار فمبني على تجزي الاعتاق وعدم التجزي فعند ابي ح لما كان متجزيا بقي
ما وراء الثلث عبدا وبقيت الكتابة على ما كانت قبل عتق الثلث فتوجه لعتقه
جهتان جهة الكتابة وهي مؤجلة وجهة السعاية وهي معجلة فيخير بينهما للتفاوت
بين الامرين لان في التخيير فائدة لجواز ان يكون اكثر المالين ايسر عليه باعتبار الاجل
واقلهما اعسر عليه اداء لكونه حالا فكان في التخيير بينهما فائدة وان كان جنس المالين
متحدا بان كانا دراهما او دينارا وعندهما لما عتق كله بعتق ثلثه لعدم تجزي
الاعتاق عندهما بطلت الكتابة لعدم بقاء المحل فبطل الاجل ايضا لانه كان لاجل
الكتابة وقد بقي عليه اصل الدين غير مؤجل لان عتق بعضه وهو الثلث حصل بطريق
الوصية لكون التدبير وصية وعتق بعضه بطريق الوصية لا يسقط عنه بدل الكتابة
كما لو اعتقه المولى في مرض موته ولا مال له غيره فانه يعتق كله عندهما ولا يسقط
عنه بدل الكتابة واذا بقي عليه بدل الكتابة حالا وجب عليه ايضا ثلثا القيمة بالتدبير
حالا وجب عليه مالان فيلزمه اقلهما من غير تخيير اذ لا فائدة في التخيير بين القليل
والكثير في جنس واحد كما لو اعتق عبده على الف او الفين فانه يلزمه الاقل بلا خيار
بالاتفاق فكذا هذا والفرق لابي ح ان البدلين في هذه المسئلة اعني الالف والالفين
حال وانهما من جنس واحد فيجب الاقل لتيقنه اذ لا فائدة في التخيير لعدم الاجل وفيما نحن
فيه احدهما مؤجل فيفيد التخيير على ما ذكرناه واما الكلام في المقدار فعندهما لا يسقط
عنه من بدل الكتابة شيء وعند محمد يسقط عنه ثلثه لان الكتابة صادفت كله فيكون

البدل مقابلا بكله وقد عتق ثلثه بالتدبير فيبطل ما بازائه من البدل الا ترى انه
لو عتق كله بالتدبير بان كان يخرج من الثلث سقط عنه كل البدل فكذا اذا اعتق ثلثه
وجب ان يسقط عنه ثلثه اعتبارا للجزء بالكل فصار كما لو تقدمت الكتابة على
التدبير فانه يسقط عنه الثلث بالاتفاق على ما سيأتي ولهما ان المال قوبل بما تصح
مقابلته به وبما لا تصح مقابلته به معًا فانصرف كله الى ما تصح مقابلته وهو الثلثان
لان الثلث لما استحق بالتدبير لم يصح مقابلة المال به كرجل طلق امرأته طلقتين
ثم طلقها ثلثا بالف فان الالف كله ينصرف الى الطلقة الواحدة لان الطلقتين لما
وقعتا اولا لم يصح مقابلة المال بهما فينصرف المال الى ما يصح المقابلة به وهو الطلقة
الواحدة ففيما نحن فيه لما اوجب التدبير استحقاق ثلث رقبته لم يتصور استحقاق
ذلك الثلث بالكتابة لان الكتابة توجب ثبوت ما لم يثبت وقد ثبت استحقاقه
الثلث بالتدبير اولا فلم يبق محلا للكتابة حتى يكون في مقابلته شيء من بدل الكتابة
فاذا كان بدل الكتابة كله في مقابلة الثلثين لم يسقط شيء منه بخلاف ما لو دبر
مكاتبه لان البدل هناك مقابل الرقبة فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير
سقط حصته من بدل الكتابة بقدره على ما سيأتي اما هنا فالكتابة وقعت بعد
التدبير ومالية الثلث قد سقطت فكان البدل باداء الثلثين انما قيد بكونه
معسرا لان المولى اذا مات موسرا بحيث يخرج المدبر عن ثلثه فانه يعتق بالتدبير
ويسقط عنه بدل الكتابة وان دبر مكاتبه صح التدبير لانه يملك تنجيز العتق
فيه فيملك تعليقه بالموت لانه مالك رقبته والتصرف نافع له لاحتمال ان يموت
المولى قبل اداء بدل الكتابة فيعتق مجانا او يعجز عن اداء بدل الكتابة فيبقى له
جهة الحرية متحصلة اعني التدبير ومضى عليها اى على الكتابة فيعتق باداء بدل الكتابة لو
لم يمت المولى قبل اداء الكتابة وان مات قبله عتق مجانا بحكم التدبير او عجز
من التعجيز نفسه من بدل الكتابة وصار مدبرا فيعتق عند موت المولى لوجود
المقتضي وهو التدبير معناه ان هذا المدبر مخير بين امرين فان مضى عليها اى على

اى على الكتابة فمات سيده معسرا اى فقيرا لا مال له غيره يسعى في ثلثي البدل
اى بدل الكتابة او ثلثي قيمته عند ابي وعندهما يسعى في الاقل من ثلثي كل منهما اى من
البدل والقيمة والكلام هنا في موضعين احدهما في الخيار فالخلاف فيه مبني على تجزي
الاعتاق وعدم تجزيه على ما ذكرناه في المسئلة الاولى وثانيهما في المقدار ولا خلاف
فيه بل هو اتفاقي لان بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة اذ لم يستحق شيئا من الحرية
قبل ذلك فاذا عتق بعض الرقبة مجانا بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل
الكتابة بخلاف ما اذا تقدم التدبير لانه سلم بالتدبير فيكون بدل الكتابة مقابلا
بما لم يسلم له وهو الثلثان وان اعتق مكاتبه عتق لقيام الملك فيه وسقط عنه
اى عن المكاتب بدل الكتابة لانه التزمه ليحصل العتق وقد حصل بدونه وكذا المولى
كان يستحق ذلك البدل في مقابلة التحرير وقد فات ذلك التحرير بالاعتاق مجانا فان
قيل الكتابة لازمة في جانب المولى فلا يقبل الفسخ اجيب بان الكتابة وان كانت لازمة
في جانب المولى ولكنه يفسخ برضى العبد واللزوم على المولى كان لتعلق حق العبد فاذا رضي
بالفسخ فقد اسقط حقه كما لو باعه المولى او اجره برضاه والظاهر رضاه توسلا
الى عتقه بغير بدل فانه اذا رضي به ببدل فلا بدل يكون ارضى وان كوتب العبد على الف
مؤجل الى سنة مثلا فصالح المولى على نصف اى نصف الالف المؤجل حال كون ذلك النصف
حالا صح الصلح استحسانا والقياس ان لا يجوز لان هذا الصلح اعتياض عن الاجل بخمسمائة
من بدل الكتابة والاجل ليس بمال وخمسمائة مال لانه دين والدين مال والاعتياض عن غير
المال بالمال ليس بجائز لانه ربوا فان قيل فليكن خمسمائة بدلا عن الالف لا عن الاجل فيكون
اعتياضا عن المال بما هو مال لان الالف مال ايضا قلنا هذا ليس بجائز ايضا لانه ربوا
فان قيل فليكن هذا اسقاطا لبعض الحق وهو خمسمائة اخرى قلنا الاسقاط انما يتحقق
في المستحق والالف لم يكن قبل حلول الاجل مستحقا فلا يكون اسقاطا ولهذا لو كان
لرجل دين مؤجل على حر آخر او على مكاتب الغير فصالحه على نصفه لم يجز لكونه ربوا
وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على اداء البدل الا به

فاعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا يصح الكفالة به فاعتدلا وكان
اعتياضا عما هو مال من وجه وقد اختلف الجنس فلم تكن ثمه ربوا وان مات مريض
كاتب صفه مريض عبدا له قيمته الف على الفين الى سنة ولا مال له اى للمريض
المتوفى غيره اى غير المكاتب ولم يجز الورثة كتابته ادى العبد المكاتب ثلثي البدل
اى الالفين وهو الف وثلاث مائة وثلاثون درهما وثلث درهم حالا والباقي
اى الثلث وهو ستمائة وست وستون وثلثا درهم الى اجله او رد رقيقا عند
ابح وابى يوسف وعند محمد يؤدى ثلثي قيمته اى الالف للحال والباقي الى اجله او يرد
رقيقا لان المريض ليس له التاجيل فى ثلثي القيمة اذ لا حق له فيه وفى ثلثها والزائد
عليها يصح له الترك بان يكاتبه على ثلثي قيمته فيصح له التاجيل ايضا لان من له ترك
شئ له ترك وصفه ايضا والتعجيل وصف فيجوز له تركه الى التاجيل فعلى هذا يكون
المراد بالباقى ثلث القيمة وما زاد على القيمة لا الثالث فقط واليه اشار فى العناية
حيث قال معترضا على الهداية لو قال لان له ان يترك الزيادة وثلث الالف فلم
ان يؤخرهما كان احسن انتهى ولهما ان جميع المسمى وهو الالفان بدل الرقبة
لاصله مثل بدل الخلع حتى اجرى عليه احكام البدل من جواز البيع بالمرابحة وجواز
الاخذ بالشفعة فيما اذا كان بدل الكتابة دارا وبدل الرقبة يتعلق به حق الورثة
لتعلقه بالمبدل فان المبدل لما كان مالا متقوما كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق
به حق الورثة لتعلقه بالمبدل فالمبدل لما كان مالا متقوما كان حكم بدله حكمه
فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة وما يتعلق به حق الورثة جاز للمريض
اسقاط ثلثه فيجوز تاجيله لانه اسقاط معنى وان كاتبه اى المريض كاتب عبده
على الف الى سنة وقيمته الفان ولم يجيزوا ادى ثلثي القيمة للحال او رد الى الرق
اتفاقا لان المحاباة هنا حصلت فى القدر والتاخير فاعتبر الثلث فيهما يعنى انه
لما اسقط احد الالفين من القيمة واجل الاخر وهو المراد بالمحاباة فيهما صح له التصرف فى
ثلث قيمته فى الاسقاط والتاخير ولما سقط ذلك الثلث لم يبق له التاخير ايضا لعدم
بقاء

بقاء المحل للتاخير ولم يصح تصرفه فى ثلثيها لا فى حق الاسقاط ولا فى حق التاخير لعدم
حق التصرف له فيهما لتعلق حق الورثة لهما وفرق محمد بين هذه المسئلة والمسئلة
الاولى بان الزيادة على القيمة فى المسئلة الاولى كانت حق المريض بالكتابة حتى كان يملك
اسقاطها بالكلية بان يبيعه بقيمته فتاخيرها اولى لانه اهون من الاسقاط وهنا وقعت
الكتابة عن اقل من قيمته فلا يملك اسقاط ما زاد على ثلث قيمته ولا تاجيله لان حق الورثة
تعلق بجميعه بخلاف الاول ومثلها اى مثل كتابة المريض المذكور فى الاختلاف بين ابح
وابى يوسف وبين محمد البيع اى بيع المريض ولو ذكر هذا قبل مسئلة الغاية الاتفاقية
لكان احسن على ما وقع فى الهداية يعنى ان المريض اذا باع دارا قيمتها الف بثلاثة الاف الى سنة
ثم مات ولا مال له غيرها ولم تجز الورثة فعند ابح وابى يوسف يقال للمشترى اما ان تعجل
ثلثي جميع الثمن ثلاثة الاف والثلث عليك الى اجله والا فانقض البيع وعند محمد يقال له اما
ان تعجل ثلثي القيمة الف والباقي عليك الى اجله والا فانقض البيع لان محاباة المريض بالاجل
تعتبر فى جميع الثمن وصية من الثلث عندهما لان التاجيل تبرع من المريض وتبرع المريض
يعتبر من الثلث وجميع الثمن هنا بدل رقبة الدار بدليل انه يثبت فيه احكام البدل من جريان
بيع المرابحة على جميع الثمن والاخذ بالشفعة بكل الثمن اذا كان البدل دارا لاصله مثل بدل
الخلع فيتعلق به حق الورثة كما تعلق بالبدل فيعتبر تبرعه من الثلث الذى لم يتعلق به
حق الورثة وعند محمد الاجل فيما زاد على القيمة يصح من راس المال ويعتبر من الثلث فى قدر
القيمة هذا ولما فرغ من ذكر احكام تتعلق بالاصيل فى الكتابة شرع فى ذكر احكام تتعلق
بالنائب فيها فقال وان كاتب حر اى قبل الكتابة عن عبد لرجل بالف وادى الحر ذلك
الالف عتق اى عن العبد عتق العبد ولا يرجع الحر به اى بالالف الذى اداه عليه اى على العبد
لانه متبرع فيه وان قبل العبد فهو مكاتب قال فى الجامع الصغير واذا كاتب الحر
عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد وقبل فهو مكاتب واختلف
شارحوه فى تصويره فقال بعضهم هو ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك فلانا
على الف درهم على انى ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا الشرط وقبله

الحر عنه ثم ادى الحر الفا فانه يعتق باداثه بحكم الشرط فانه علق عتقه باداثه
عتق باداثه لوجود الشرط من غير حاجة الى قبول العبد واجازته كما اذا علقه بغيره
من الشروط فوجد الشرط فانه يعتق بوجود الشرط واذا بلغ هذا العبد فقبله العبد
حين بلغ صار مكاتبا لان كتابته كانت موقوفة على اجازته وقبوله فصار اجازته في
الانتهاء كقبوله في الابتداء ولو قبلها في الابتداء او وكل به كان ينفذ عليه فكذا اذا اجازه
في الانتهاء يعني ان هذا العقد نافذ في حق ما للعبد من حرمة بيعه ونفوذ عتقه باداء
هذا الحر وموقوف على اجازته فيما عليه من لزوم البدل لانه عقد جرى بين فضولي ومالك
فيتوقف على اجازة من له الاجازة فاذا قبله كان ذلك اجازة منه فيصير مكاتبا لان الاجازة
في الانتهاء كالاذن في الابتداء وان رده العبد ولم يقبله وادى عنه ذلك الحر لا يجوز
لان العقد ارتد برده ولو ضمن الحر لم يلزمه شيء لان الضمان ببدل الكتابة لا يجوز
ثم لو ادى الحر البدل عنه يعتق العبد ولا يرجع الحر عليه بشيء لانه متبرع فيه وحصل
له مقصوده وهو عتق العبد فصار كما لو تبرع باداء الثمن عن المشتري وهل يرجع على
المولى ويسترد ما اداه ان اداه بضمان يرجع لان ضمانه كان باطلا لانه ضمن غير
الواجب وان اداه بغير ضمان لا يرجع لانه تبرع به ليحصل له العتق هذا اذا ادى
بدل الكتابة كله وان ادى عنه بعضه فله ان يرجع سواء ادى بضمان او بغير ضمان
لانه لم يحصل له غرضه وهو العتق فكان حكم الاداء موقوفا فيرجع وقال بعضهم هو ان
يقول كاتب عبدك على الف درهم ولم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادى عتق
استحسانا لا قياسا لانه لا شرط حتى يعتق بوجود الشرط والعقد موقوف ووجه الاستحسان
انه لا ضرر للعبد الغائب في توقف العتق على اداء ذلك الحر فيصح العقد في حق هذا الحكم
ويتوقف في لزوم الالف على العبد وان كاتب المولى عبدا عن نفسه اي عن نفس العبد
وعن عبد اخر له غائب فقبل الحاضر صح العقد وقبول العبد الغائب ورده لغو لان الكتابة
قد نفذت وتمت من غير قبوله فلا يعتبر بعد ذلك قبوله ولا رده يعني اذا قال العبد لمولاه
كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغائب ففعل المولى جاز استحسانا والقياس

والقياس ان يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه كمن باع عبده
وعبد غيره او زوج امته وامة غيره وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه
ابتدا جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة
اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا باداثها وليس عليهم من البدل شيء
واذا صح العقد على هذا الوجه لا يكون على الغائب من البدل شيء ويؤخذ الحاضر بكل البدل
ولا يؤخذ الغائب بشيء لان التبع في العقد لا شيء عليه عند وجود الاصل فيه وايهما
من الحاضر والغائب ادى البدل اجبر المولى على القبول يعني يحكم بعتقه بالتخلية بين
المال والمولى سواء اخذه المولى او لا وسواء كان المخلي هو الحاضر او الغائب اما الحاضر
فلكون البدل عليه واما الغائب فلانه ينال شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وهذا
كمن استعار من رجل ثوبا ليرهنه بدينه فرهنه ثم اذا ادى المعير الدين للمرتهن لفكاك
عينه يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه
ويعتقان اي الحاضر والغائب لوجود شرط العتق وهو اداء بدل الكتابة ولا يرجع احدهما
على الاخر اما الحاضر فلانه قضى دينا عليه ومثله لا يرجع على الاخر واما الغائب فلانه متبرع
في ادائه غير مضطر اليه ومثله ايضا لا يرجع فان قيل ان الغائب كمعير الرهن على ما
تقدم انفا ومعير الرهن مضطر في الاداء ولهذا كان يرجع على المستعير بما ادى فكيف
يكون غير مضطر اليه واجيب بانه مثل معير الرهن في جواز الاداء من غير دين عليه
لا في الاضطرار فان الاضطرار انما هو اذا فات له شيء حاصل وههنا ليس كذلك
بل انما هو بصدد ان يحصل له الحرية وهذا كما يقال عدم الربح لا يسمى خسرانا
فان قيل حق الحرية حاصل له بالكتابة وربما فاته لو لم يؤد فكان مضطرا اجيب
بانه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به ثم المولى اذا اعتق الغائب يسقط
عن الحاضر حصته من البدل لان الغائب دخل في العقد مقصودا فكان البدل منقسما
عليهما وان لم يكن مطالبا به بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث لا يسقط
عن الام شيء من البدل باعتاق المولى الولد لانه لم يدخل في العقد مقصودا اذا لم يكن

يوم العقد موجودا وانما دخل في الكتابة بعد ذلك تبعا لها وكذا ولدها المشتري ولو ابرأ
المولى الغائب او وهبه مال الكتابة لا يصح لعدم وجوبه عليه ولو ابرأ الحاضر او وهبه له البدل
صح وعتقا جميعا بخلاف ما لو اعتق الحاضر حيث لم يعتق الغائب بل سقط حصة الحاضر
من الكتابة ويؤدي الغائب حصته والا رد في الرق بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث
يبقى على نجوم والده اذا مات كذا في الزيلعي وكذا اي صح لو كاتبهما معا اي لو كاتب المولى
عبديه كتابة واحدة صح ولا يعتق احدهما باداء حصته يعني لو كاتب رجل عبديه كتابة
واحدة بالف وذلك على وجهين احدهما ان يكاتبهما على انهما ان اديا الالف عتقا
وان عجزا ردا الى الرق صح العقد وعتقا معا باداء الكل حتى لو ادى احدهما حصته من البدل
لا يعتق عندنا لانه علق عتقهما في كتابة واحدة باداء كل البدل فلا يعتق احدهما بدون كمال
الشرط كما لو قال ان دخلتما هذه الدار فانتما حران لا يعتق احدهما بدخول واحد منهما وحده
وفيه خلاف زفر وثانيهما ان يكاتبهما معا على ان كل واحد منهما ضامن عن الآخر صح ايضا
في الاستحسان ويجعل كل واحد منهما اصيلا في وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معلقا
بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه تصحيحا لتصرفهم لحاجتهم الى الخروج عن
الرق واذا كان كذلك فايهما ادى الالف جميعا عتقا لوجود الشرط ويرجع على صاحبه
بنصف ما ادى لانه قضى دينا عليه بامره فيرجع عليه تحقيقا للمساوات ولو اعتق المولى احدهما
قبل الاداء عتق وسقطت حصته ويبقى على الآخر النصف ويأخذ المولى من ايهما شاء
من المعتق بالكفالة ومن صاحبه بالاصالة كذا في الاختيار وكلام المص يحتمل الصورتين
بخلاف ما لو كانا اي العبدان لاثنين وكاتباهما بالف كتابة واحدة فان كل واحد منهما مكاتب
لحصته نفسه لا لحصة الآخر يعتق باداء حصته لان كل واحد منهما انما استوجب البدل
على مملوكه ويعتبر شرطه في مملوكه لا في مملوك غيره بخلاف المسئلة الاولى لان شرطه معتبر
في حقهما لانهما مملوكاه كذا في الاختيار ولو عجز احدهما ثم ادى الآخر الكل اي كل البدل
عتقا قال في الاختيار فان عجز احدهما فرد الى الرق اما بتصالحهما او برده القاضي ولم يعلم
الآخر ذلك ثم ادى الآخر جميع الكتابة عتقا لانهما كشخص واحد لا يرى انهما لا يعتقان

لا يعتقان الا باداء الجميع فكذا لا يردان الا بعجزهما ولان الغائب يتضرر بهذا القضاء لانه لو نفذ
تسقط حصته من البدل ولا يعتق باداء حصته انتهى وان كاتبت الامة عنها اي عن نفسها
وعن صغيرين لها اي للامة جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز الا عن نفسه لولايته على
نفسها لا عن صغيرين لعدم ولايتها عليهما وجه الاستحسان ان المولى خاطب الامة
قصدا وجعل الصغيرين تبعا لها والكتابة على هذا الوجه مشروعة حتى عتقوا
جميعا باداء الامة وليس على الصغيرين شيء من البدل كما في المسئلة المتقدمة
واي من الامة والصغيرين ادى الكتابة اجبر المولى على القبول وعتقوا ولا يرجع
المؤدي على غيره اما الامة فلانها ادى ما عليها من الدين واما الصغيرين فلانهما
تبرعا والمتبرع لا يرجع واعلم انه وضع المسئلة في الامة اشارة الى ان الحكم في العبد
والامة سواء فانه لو وضعها في العبد لزعم انه توهم ان الجواز لثبوت ولاية الاب عليهما
فلا يجوز ذلك في الامة لعدم ولاية الام على الولد حرة او امة بل طريق جواز العقد
في الاولاد بطريق التبعية استحسانا لا بطريق الولاية

باب كتابة العبد المشترك

ولو اذن احد شريكين في عبد متعلق بشريكين للآخر متعلق باذن
ان يكاتب حصته اي حصة الآخر وهو الماذون له منه اي من العبد بالف متعلق
ليكاتب ويقبض البدل ففعل اي يكاتبه وقبض البعض اي بعض البدل وهو الالف
فعجز المكاتب فالمقبوض للقابض خاصة عند ابي ح وقالا بينهما اي العبد مكاتب
بينهما وما ادى فهو بينهما واصل هذا الاختلاف ان الكتابة يتجزى عند ابي ح
ولا يتجزى عندهما كالاعتاق لان الكتابة شعبة من شعبه لانها تفيد الحرية من وجه
اعني يدا في الحال وفي المآل رقبة فيقتصر على نصيب من كاتبها اعني الشريك الماذون له ولا يتجاوز
حصة الآذن عنده لان الاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة وانما يكون فائدته ان لا يكون
للآذن حق الفسخ كما يكون له ذلك اذا لم ياذن وفائدة اذنه بالقبض ان ينقطع حقه
فيما قبض بل يختص به القابض لان اذنه بالقبض اذن للعبد بالاداء اليه منه فيكون متبرعا
بنصيبه على المكاتب فيصير المكاتب اختص به فاذا قضى به دينه اختص به القابض

وسلم له كله كرب الوديعة اذا اذن للمودع بقضاء دينه من الوديعة فقضى المودع
لم يبق لرب الوديعة عليه سبيل كذا هذا الا اذا نهاه الاذن قبل الاداء فيصح نهيه
لانه تبرع لم يتم بعد والحاصل ان العبد المكاتب نصف كسبه له لكونه مكاتبا
والنصف الاخر للشريك الذى لم يكاتب وهو الاذن لان نصيبه قن فيكون كسبه
له فاذا اذن للمكاتب ان يصرفه بدينه صح ويتم تبرعه بقضاء دينه به ولهذا كان
المقبوض للقابض وان عجز المكاتب قبل الاداء جميعا فهل يرجع الاذن بذلك فقال فى
الزيلعى انه لا يرجع وان لم يحصل مقصوده وهو حرية المكاتب لان المتبرع عنه هو العبد
ولو رجع لرجع به على العبد والمولى لا يستوجب على عبده دينا بخلاف ما اذا تبرع بشخص
بقضاء ثمن المبيع ثم استحق المبيع او هلك قبل القبض او انفسخ البيع او تبرع انسان
بقضاء مهر ثم حصلت الفرقة من جهة المتبرع عنه حيث يرجع على البايع والمراة بالثمن
والمهر لان ذمة البايع والمراة صالحة لوجوب دين المتبرع عليهما فامكن الرجوع وعندهما
ان الكتابة لا تتجزى كالاعتاق فيكون الاذن بكتابة نصيب صاحبه اذنا بكتابة كله فاذا
كاتبه صار كله مكاتبا نصيبه بالاصالة ونصيب شريكه بالوكالة فيكون مكاتبا لهما ويكون
بدل الكتابة بينهما والمقبوض بينهما ايضا قبل العجز وبعده وانما قيد بقوله فعجز المكاتب
لانه لو لم يعجز وادى كل البدل له وقبض الشريك الماذون له يعتق نصيبه ولو كاتبه
بغير اذن شريكه صار نصيبه مكاتبا عند ابى ح وعندهما صار كله مكاتبا لما ذكرناه
ايضا من الاصل المذكور من ان الاعتاق هل يقبل التجزى ام لا يقبله وح كان للساكت
ان يفسخ بالاجماع قبل ان يؤدى بدل الكتابة دفعا للضرر عن نفسه بخلاف العتق
وتعليق عتقه بالشرط حيث لا ينفسخ لانه لا يقبل الفسخ ولو ادى بدل الكتابة عتق
نصيبه خاصة عند ابى ح لان العتق يتجزى عنده وللساكت ان ياخذ من الذى كاتب
نصف ما اخذ من بدل الكتابة لانه كسب عبد مشترك بينهما ثم ينظر ان كاتب كله بالف
لم يرجع على المكاتب بشئ مما اخذه منه شريكه لانه سلم له بدل نصيبه وان كاتب نصيبه
فقط بالف رجع على المكاتب بما اخذه شريكه لان الكل كان بدل نصيبه فلم يسلم له الا

الا نصفه فيرجع به عليه وعندهما بالاداء عتق كله ويرجع الساكت على شريكه ان كان
موسرا والا فعلى العبد ولو كاتبه الساكت بمائة دينار بعد الاول صار مكاتبا لهما اما عنده
فظاهر لان نصيبه لم يكاتب من قبل فتصح كتابته بعد الاول لان الكتابة تتجزى عنده فتنفذ
كتابة كل واحد منهما اما عندهما فلان الساكت كان له ان يفسخ كتابة شريكه بغير اذنه
فاذا كاتبه كان فسخا فى نصيبه منه فايهما قبض شيئا من بدل نصيبه لا يشاركه صاحبه فى
ذلك امة لرجلين اى مشتركة بينهما كاتباها فوطئها احدهما فاتت بولد فادعاه
اى الولد احدهما اى الواطئ يعنى صحت دعوته وثبت نسبه منه ثم اتت باخر
اى ثم وطئها الشريك الاخر فاتت بولد اخر فادعاه الاخر يعنى صحت دعوته ايضا
وثبت نسبه منه فعجزت الامة عن الكتابة فهى اى فالامة بعد تعجيز نفسها
ام ولد للاول اى للواطئ الاول لانه لما ادعى الواطئ الاول الولد الاول صحت دعوته
لقيام الملك له فيه لان نصفها له فصار نصيبه ام ولد له بناء على ان الاستيلاد
فى المكاتبة يتجزى عند ابى ح لانه لا وجه لتكميل الاستيلاد الا بتملك نصيب صاحبه
ولا يمكن تملك نصيب صاحبه لان المكاتبة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر
امومية الولد على نصيبه كما فى المدبرة المشتركة فان الاستيلاد فيها يتجزى بالاتفاق
بجامع ان كلا من الكتابة والتدبير يمنع الانتقال من ملك الى ملك ولا وجه لفسخ
الكتابة لان المكاتبة قد ترضى بحرية عاجلة بجهة الكتابة ولا ترضى بحرية اجلة
بجهة الاستيلاد فاذا لم يتمحض الفسخ منفعة لا ينفسخ الا بفسخ المكاتبة ثم ان ادعى
الواطئ الثانى ولدها الاخر صحت دعوته ايضا لقيام ملكه فيها ايضا ثم لما عجزت نفسها
بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من
الانتقال من ملك الى ملك وهو الكتابة ووطئه كان سابقا فيكون كلها ام ولد للاول بالاتفاق
والخلاف الواقع بين ابى ح وبين صاحبيه فى امر اخر على ما سيظهر لك فاذا كان كلها ام ولد
للاول فالحكم فيها ما اشار اليه بقوله وضمن اى الواطئ الاول لشريكه نصف قيمتها
لانه تملك نصيب شريكه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة

وضمن الواطئ الثاني للاول تمام عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصا ويبقى للاول على الثاني نصف العقر
وقيمة الولد عطف على تمام عقرها وهو اى الولد ابنه اى ابن الثاني بالنظر الى الظاهر والحقيقة اما بالنظر الى الظاهر
فلانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة عليه
واما بالنظر الى الحقيقة فللزوم كمال العقر لانه وطئ ام ولد الغير حقيقة اعترض عليه بانها وطئ ام ولد الغير
حقيقة كان ينبغي انه لا يضمن الثاني قيمة الولد للاول عند ابي ح لان حكم ولد ام الولد حكم امه ولا قيمة
لام الولد عنده فكذا لولدها اجيب عنه بان هذا على قولهما واما على قول ابي ح فليس عليه ضمان قيمة الولد
وفيه نظر لان المشهور وهو الظاهر من كلام المص ان هذا على قول ابي ح بل الصواب في الجواب ما قيل عن ابي ح
في تقوم ام الولد روايتان في رواية انها تتقوم فيكون ولدها متقوما ايضا على هذه الرواية فيكون
حرا بالقيمة وايهما اى من الواطئ الاول والثاني دفع العقر اليها اى الى المكاتبة قبل العجز جاز
لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد العقر الذي
اخذته الى المولى لظهور اختصاص المولى به هذا كله قول ابي ح وعندهما لا يثبت نسب الولد من
الثاني ولا يضمن قيمته يعني انها عندهما ام ولد للاول ومكاتبة له تعتق باداء البدل الى الاول
ولا يجوز تكميلها بالاجماع ما امكن لان الاستيلاد طلب الولد وانه يقع بالفعل والفعل لا يتجزى
فكذا ما ثبت به ولهذا يجب استكمالها فيما لو استولدا مشتركة بالاجماع لامكان التكميل
بالتملك نصيب شريكه لكونها قابلة للانتقال وقد امكن هنا ايضا بطريق الفسخ لان
الكتابة قابلة للفسخ فينفسخ تكميلا للاستيلاد فيما لا تتضرر به المكاتبة وهو امومية الولد
لانه لا ضرر لها فيها بل لها فيها نفع حيث لم يبق محلا للابتذال بالبيع والهبة وتبقى
الكتابة فيما يتضرر وهو كونها احق باكسابها واكساب ولدها فانه لو انفسخت الكتابة في
كونها باكسابها لتضررت به المكاتبة فلا يضمن قيمته وحكمه كامه في عدم التقوم ولا
يضمن قيمتها ويضمن تمام العقر لان مثل هذا الوطئ في دار الاسلام لا يخلو عن احدى الغرامتين
الضمان الجابر والحد الزاجر ولما تعذر الحد للشبهة وهي شبهة انها مكاتبة بينهما فتعين تمام
العقر لها ثم اختلفوا فقال ابو منصور الماتريدي اذا بقيت الكتابة فيما وراء امومية الولد وصارت
مكاتبة للاول صارت مكاتبة له بنصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكا

المكاتب ولا يتضرر بسقوط نصف بدل الكتابة وقال الجمهور انها مكاتبة له بكل بدل الكتابة لان
الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتب ولا يتضرر بسقوط نصف بدل الكتابة وقال
الجمهور انها مكاتبة له بكل بدل الكتابة لان الانفساخ ضروري فلم يظهر فيما وراء الضرورة
وهو التملك للاستكمال لا الاستيلاد فلا يظهر في حق سقوط نصف البدل ويضمن الاول اى للثاني
نصف قيمتها مكاتبة عند ابي يوسف لانه تملك نصيب شريكه مكاتبة موسرا كان او معسرا
لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والعسار والاقل منه اى ويضمن الاقل من نصف
قيمتها ومن نصف ما بقي من البدل عند محمد لان حق الشريك في نصف القيمة على اعتبار العجز
عن الاداء او في نصف البدل على اعتبار الاداء والاقل متيقن فيجب الاول واعلم ان هذا التركيب
من مشكلات هذا الفن لانه قد يتوهم ان كلمة من هذه هي التي يستعمل في افعل التفضيل
وليس كذلك على ما بينه بعض محققي مشايخنا حيث قال ان كلمة من ليس هي التي يستعمل
في افعل التفضيل لانه ان اريد انه يضمن باقل من كل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي
من البدل فهذا غير مراد وان اريد انه يضمن باقل من المجموع او باقل من احدهما فهذا مع
كونه غير مراد ايضا شئ مجهول غير مفيد بل المراد انه يضمن بما هو اقل فان كان نصف
القيمة اقل يضمنه وان كان نصف ما بقي اقل يضمنه فيكون من للبيان تقديره انه يضمن
بما هو اقل من الاخر الذي هو نصف القيمة تارة ونصف ما بقي اخرى هذا كله فيما اذا وطئها
الثاني ولو لم يطأها الثاني بل دبرها الثاني فعجزت المكاتبة نفسها بطل التدبير
بالاتفاق لعدم مصادفته الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد تملكها قبل العجز عندهما
لما تقدم في المسئلة المتقدمة واما عند ابي ح فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت
الوطئ فتبين ان التدبير صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك فلا يصح بدونه بخلاف النسب
فانه يثبت من الثاني ان وجد الوطئ منه لانه يعتمد الغرور لا الملك وهي ام ولد الاول لانه تملك
نصيب شريكه وكمل الاستيلاد لزوال المانع من الانتقال بالعجز على ما تقدم والولد له اى للاول
لانه صحت دعوته لقيام الملك في المكاتبة ويضمن الاول لشريكه نصف قيمتها لانه تملك نصفها
بالاستيلاد بالقيمة ونصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة بينهما ولو اعتق احدهما
اى لو كاتباها ثم اعتقها احدهما موسرا اى المعتق فعجزت المكاتبة نفسها ضمن المعتق

اسم فاعل اي ضمن لشريكه نصف قيمتها ويرجع المعتق به اي بما ضمن لشريكه عليها اي على الامة عند
ابح خلافا لهما فانهما قالا لا يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ولا يرجع عليها بما ضمن لشريكه
لانه انما ضمن بسبب اعتاقه والاعتاق فعله فلا يلزمها ضمان ما لزمه بفعله واما ضمانه لشريكه فلان
الاعتاق لا يتجزى عندهما والكتابة لا يمنع ورود العتق على المكاتبة فعتقت كلها عندهما في الحال
وانفسخت الكتابة فيلزمه الضمان لشريكه ولابح ان العتق يتجزى عنده فجاز اعتاق نصف
المكاتبة ولا يورث ذلك الفساد في نصيب الساكت زايدا على ما اوجبته الكتابة فلا يظهر اثر
الاعتاق في نصيب الساكت ما دامت مكاتبة لان اعتاق النصف عنده انما يؤثر في جعل الباقي
كالمكاتبة وهي كانت مكاتبة قبل الاعتاق فكان الاعتاق محققا لكتابتها فلا يضمن المعتق
قبل العجز عنده لعدم ظهور اثر الاعتاق فيها فاذا عجزت ظهر اثر العتق فيها فكان للساكت
الخيارات الثلث ان شاء اعتق وان شاء استسعى الامة وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه
وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار على ما بين في كتاب الاعتاق فاذا
ضمن المعتق كان له ان يرجع عليها عنده لما ذكرناه من انه قام مقام الساكت وللساكت
الاستسعاء فكذا للمعتق واعلم ان احد الشريكين لو اعتق القن المشترك بينهما فالخلاف
فيه بين ابح وصاحبيه كالخلاف المذكور في المكاتبة المشتركة في الرجوع وفي الخيارات
الثلث وفي الولاء وتردد الاستسعاء على ما تقدم في كتاب العتق وبينه في العناية والنهاية
وان لم تعجز المكاتبة فلا ضمان على المعتق عند ابح لما ذكرناه من ان اثر العتق لم يظهر
في نصيب الساكت وعندهما يضمن الموسر لما ذكرناه من ان الاعتاق لا يتجزى عندهما فيعتق
الكل فله ان يضمن قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويجب السعاية في المعسر
لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والعسار ولو دبر احد الشريكين ثم اعتق الآخر
حال كون المعتق موسرا ضمنه من التضمين المدبر او استسعى العبد او اعتقه يعني
مخير بين الثلاثة وان عكسا اي اعتق احد الشريكين اولا ثم دبر الآخر فالمدبر يعتق
او يستسعى يعني اعتق احدهما اولا فللآخر الخيارات الثلث ايضا وان دبره لم يبق له
خيار التضمين بل بقي له خيار الاعتاق والاستسعاء هذا كله عند ابح ووجهه ان
التدبير يتجزى عنده مثل الاعتاق فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه ولا يتجاوز

ولا يتجاوز نصيب الآخر لكنه يفسد به نصيب الآخر لسد باب النقل عليه فللآخر ان يضمن
قيمة نصيبه او ان يعتقه او يستسعاه اي مخير بين الخيارات الثلث فاذا اعتقه
لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء ويقتصر الاعتاق على نصيبه ايضا لانه يتجزى
عنده ولا يسري الى نصيب الآخر ولكنه يفسد به نصيب الآخر ولكنه يفسد به نصيب
الآخر لسد باب الاستخدام عليه فللآخر تضمين قيمة نصيبه والاعتاق والسعاية
ايضا فان ضمنه ضمن قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر وهل يتملكه بالضمان
لانه يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا وابق فانه يضمنه ولا يتملكه
فكان ضمان حيلولة لا ضمان تملك انتهى هذا كله بيان المسئلة الاولى واما
المسئلة الثاني ما عكساه فان اعتقه اولا ثم دبره الآخر فللآخر خيار التضمين
والاعتاق والاستسعاء عنده لان العتق اقتصر على نصيبه لكونه متجزيا عنده
فلا يسري نصيب الآخر لكنه يفسد نصيب الآخر كما مر فله الخيارات الثلث واذا دبره
لم يبق له خيار التضمين لانه بمباشرة التدبير يصير مبرئا للمعتق عن الضمان
لان نصيبه كان قنا عند اعتاق المعتق فكان تضمينه اياه معلقا بشرط تمليك
العين بالضمان وقد فوت ذلك بالتدبير بخلاف الاول فان هناك كان نصيبه
مدبرا عند اعتاق المعتق لا قنا فلا يكون الضمان مشروطا بتمليك العين
منه والحاصل ان الضمان يتعلق بالتمليك اذا كان المحل قابلا له وقت الاعتاق
كما اذا اعتق او لا غصب القن فمات او ابق واما اذا لم يكن المحل قابلا له وقت
الاعتاق كما اذا تقدم التدبير فالضمان يتعلق بمجرد الحيلولة بين المالك والمملوك
لا بالتمليك فاذا اعترض ضمان الحيلولة على ما تعلق بالتمليك سقط الضمان
لفوات شرطه فصار مفوت الشرط بتفويته مبرئا لصاحبه عما لزمه وبقي له خيار
الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وعندهما ان دبر الاول ضمن نصف
قيمته موسرا كان المدبر او معسرا او عتق الآخر لغو لعدم بقاء المحل للعتق وهذا
لان التدبير لا يتجزى عندهما مثل الاعتاق فكان بالتدبير يتملك نصيب صاحبه ضرورة

فيلزمه ضمان نصيبه ضمان تملك وضمان التملك لا يختلف باليسار والعسار فيضمنه موسرا
او معسرا ولما صادف تدبيره القن يضمن نصف قيمته قنا فان اعتق الاول ضمن
قيمة نصيب الاخر لو كان الاول موسرا او معسرا او استسعى العبد لو كان الاول معسرا
لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والعسار وتدبير الاخر لغو لان الاعتاق لا يتجزى
عندهما فعتق كله باعتاق الاول فلم يبق للتدبير محلا قابلا

باب العجز والموت

اى عجز المكاتب وموته اذا عجز المكاتب عن نجم النجم هو الكوكب الطالع ثم سمى
به الوقت المضروب ثم سمى به ما يؤدى فيه من الوظيفة وقد تقدم من قبل ايضا
فان رجى له اى للمكاتب حصول مال سيصله لا يعجل الحاكم بتعجيزه ويمهل يومين
او ثلاثة ايام نظرا للجانبين فان الثلاثة هى المدة التى تضرب لابلاء الاعذار كامهال
الخصم للدفع فان المدعى عليه اذا توجه الحكم عليه فادعى الدفع وقال لى بينة حاضرة
اخر يوما او يومين او ثلاثة لا يزاد عليها والا اى وان لم يكن له ما يرجى حصوله من المال
عجزه الحاكم وفسخ الكتابة ان طلب سيده او عجزه سيده برضاه اى رضى المكاتب
وهذا لانه عقد لازم تام فلا بد له من القضا او الرضاء كما فى الرجوع عن الهبة والرد
بالعيب بعد القبض وقيل ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضى المكاتب كما اذا وجد
المشترى عيبا فى المبيع قبل القبض فانه ينفرد بالفسخ وعند ابى يوسف لا يعجزه ما لم
يتوال عليه نجمان لقول على رضى الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد فى الرق علقه
بهذا الشرط فلا يوجد دونه ولان عقد الكتابة عقد ارفاق مبناه على المسامحة حتى كان
احسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا ارفاق فى الطلب عنده فلا بد
من امهال مدة ارفاقا واولى المدد لذلك ما توافق عليها العاقدان فاذا مضى
النجم الثانى ولم يؤد المال فالان تحقق العجز عن ادائها فينفسخ لوجود مدة
التأجيل الذى اتفق عليها العاقدان ولهما ان سبب الفسخ وهو العجز قد تحقق
لان من عجز عن اداء نجم واحد كان عن اداء نجمين اعجز والمروى عن على رضى الله عنه
يفيد اثبات الفسخ اذا توالا عليه نجمان فلا ينفى ثبوت الفسخ قبله لان تخصيص

الشىء بالذكر لا ينفى الحكم عما عداه وقد روى عن ابن عمر رضى الله عنهما ان
مكاتبة له عجزت عنه بنجم فردها فى الرق فيعارض ما روى عن على رضى الله عنه فسقط
الاحتجاج به لان الاثار اذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطا ويصار الى ما بعده من الحجة
فبقى دليلها المذكور اعنى ان سبب الفسخ وهو العجز قد تحقق اه سالما عن المعارض
لان ما ذكره ابو يوسف خطابة لا يعارض القول المعقول فيثبت الفسخ واذا عجز
نفسه عادت احكام رقه لانفساخ الكتابة بالعجز لان مقصود المولى من
المكاتبة الوصول الى المال عند حلول نجم فاذا عجز نفسه فات مقصود المولى
فيفسخ العقد وما كان فى يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر انه كسب عبده
وكسب العبد لمولاه ويحل له لما ذكرناه انفا ولو وصلية اصله من صدقة
لانها بعد قبضه صارت من اكسابه فتحل لمولاه سواء كان اتاه الى مولاه قبل
عجزه او اداه اليه بعد عجزه اما الاول فبالاجماع لان سبب الملك فيه قد تبدل
لان العبد يملكه صدقة والمولى تملكه عوضا عن العتق وتبدل سبب الملك كتبدل
العين واما الثانى فعلى الصحيح من القول على ما بين فى العناية والهداية وان
مات المكاتب عن وفاء اى عن مال يفى بما كان عليه من البدل لا تنفسخ الكتابة ويؤدى
بدلها من مالها بعتقه فى اخر جزء من حيوته ويورث ما بقى من ماله ويعتق اولاده
الذين شراهم او ولدوا فى كتابته الظرف متعلق بكل من الفعلين اى شراء وولدا
وكوتبوا عطف على شراهم اى يعتق اولاده الذين كوتبوا معه اى مع المكاتب كتابة
واحدة تبعا بان كان الاولاد صغارا فانه لو كوتب عن نفسه وعن اولاده الصغار
دخلت الاولاد فى الكتابة تبعا له او قصدا بان كانت الاولاد كبارا فان الكبار من
الاولاد يدخلون فى الكتابة بكون العقد واحدا قصدا لكونهم كبيرا هذا هو قول
على وابن مسعود رضى الله عنهما وبه اخذ علماؤنا وقال الشافعى تبطل الكتابة
بموته ويموت عبدا لا حرا وما تركه فلمولاه وهو قول زيد بن ثابت واستدل
لذلك بالمعقول بان المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك

وذلك لان العتق اذ ثبت فاما ان يثبت بعد الموت مقصودا او قبله او بعده مستندا
الى حال حياته لا سبيل الى الاول لان الميت ليس بمحل للعتق ولا بد له من محل يقوم به
ولا الى الثاني ايضا لانه مشروط بالاداء والغرض عدمه فلزم وجود المشروط بدون شرطه
ولا الى الثالث لان الشيء يثبت في الحال ثم يستند وهذا الشيء لم يثبت بعد ولنا ان
الكتابة عقد معاوضة لا يبطل بموت احد العاقدين وهو المولى فكذا بموت الاخر بجامع ان كلا
منهما يحتاج الى ابقاء العقد لاحياء الحق بل حاجة المكاتب الى بقاء العقد بعد موته اقوى من
حاجة المولى لان حق المكاتب اكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه دون جانب المولى حتى
لم ينفسخ العقد بدون رضى المكاتب وينفسخ بدون رضى المولى بسبب عجز المكاتب والموت
انفى للمالكية منه للمملوكية فان المملوكية ضعيفة والموت لا ينافيه لكونه عجزا صرفا حقيقيا
وفي المالكية ضرب قوة والموت ينافيها اشد منافاة فكان الموت في المالك انفى للمالكية
في الموت في المكاتب للمملوكية والجواب عن الشافعي انه اذا لم تبطل الكتابة بالموت ينزل المكاتب
حيا تقديرا كما نزل الميت حيا في حق بقاء التركة على حكم ملكه فيما اذا كان عليه دين مستغرق
وفي حق التجهيز والتكفين وبتقييد الوصايا في الثلث كما اختاره بعض العلماء وتستند
الحرية باستناد سبب الاداء وهو الكتابة الى ما قبل الموت بجزء كما اختاره المص وهو
مختار الاكثرين ويكون اداء خلفه كاداء نفسه فلا يلزم تقدم المشروط على الشرط ولا
تقدم العتق على الاداء بل يقدر الاداء قبل العتق ثم اعلم ان المكاتب اذا مات عن وفاء
وعليه ديون بدأ بدين الاجنبي ثم بدين المولى ثم ببدل الكتابة كذا في شرح النقاية
نقلا عن المحيط وان لم يترك وفاء وله ولد ولد على صيغة المجهول في كتابته يسعى
الولد على نجومه اي نجوم الوالد واذا ادى الولد بدل الكتابة حكم بعتقه وعتق ابيه
قبل موته اي في اخر جزء من حياته بطريق الاستناد هذا بالاتفاق يعني انهم اتفقوا
على ان الولد المولود في الكتابة يسعى في كتابة ابيه على نجومه ان مات بلا وفاء لدخوله في
كتابته تبعا له فكان كسبه ككسبه فيخلفه في الاداء كما لو ترك وفاء فانه يخلفه في الاداء
بالاتفاق فيكون اداؤه كادائه فكذا هذا ويؤديه على نجومه لان حق الكتابة لما ثبت في الولد

في الولد بطريق السراية فيه ثبت له الحق على الوجه الذي ثبت لابيه وقد كان التاجيل ثابتا
لابيه فثبت له ايضا فلا يسقط التاجيل بموت الاب بخلاف الحر اذا مات وعليه دين مؤجل
لان حق التاجيل لم يثبت للوارث لان ثبوت الدين على الوارث بطريق الانتقال والخلافة
لا بطريق السراية فلا يثبت على الوجه الذي ثبت على المورث ثم اذا ادى الولد حكم بعتق
الاب والولد جميعا بالاتفاق لوجود شرط العتق وهو الاداء بطريق الاستناد الى اخر
جزء من اجزاء حياته ونظيره ان من حفر بئرا على قارعة الطريق ثم مات عن عبد ولا مال
له غيره فاعتقه الوارث ثم مات فيها انسان يضمن الوارث قيمة العبد كانه اتلفه
بعد ثبوت الجناية كذا في علاء الدين هذا فيما اذا لم يكن الكتابة بخيار الشرط واما
اذا كانت بخيار الشرط ففيه خلاف محمد قال في الزيلعي نقلا عن الكافي لو كاتب امته
على انه بالخيار ثلاثة ايام فولدت هي في مدة الخيار ثم ماتت وبقي الولد بقي خيار المولى
وعقد الكتابة عند ابي حنيفة وابي يوسف وللمولى ان يجيزها فاذا اجاز يسعى الولد على نجوم
امه واذا ادى عتقت الام في آخر جزء من اجزاء حياتها وعتق ولدها ايضا استحسانا
وعند محمد تبطل الكتابة ولا تصح اجازة المولى وهو القياس لان الولد انما يقوم مقام
الوالد في الكتابة اذا كان ولد المكاتبة وامه لم تصر مكاتبة بعد لشرط الخيار ولهما ان في ابقاء
العقد فائدة بان يجيزه المولى ويقوم الولد مقامها وينفذ العقد في حق الام بنفاذه
في حق الولد ثم يستند الى وقت الانعقاد هذا كله في الولد المولود في الكتابة واما الولد
المشترى فيها ففيه خلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه وهو الذي ذكره بقوله والولد المشترى
اي الولد الذي اشتراه ابوه او امه في كتابته ومات بلا وفاء وترك الولد الذي اشتراه
فقال ابو حنيفة يقال لذلك الولد اما ان تؤدي حالا بدل الكتابة او ترد في الرق وعندهما هو
اي الولد المشترى كالاول اي الولد المولود في الكتابة والجامع بينهما ان الولد المشترى
في الكتابة يكاتب عليه تبعا له مثل الولد المولود في الكتابة ولهذا يملك المولى اعتاق الولد
المشترى فيها مثل الولد المولود فيها بخلاف سائر اكساب المكاتب فان المولى لا تصرف له
في اكسابه ولهذا لا يقدر على اعتاق عبد المكاتب وفرق ابو حنيفة بينه وبين الولد المولود فيها

بان الولد المولود ثبت له حكم الكتابة بطريق السراية لكونه جزء منه حالة العقد فثبت
له ما ثبت لابيه على ما تقدم من قبل بخلاف الولد المشترى في الكتابة لانه لم يثبت فيه حكم الكتابة
الكتابة بطريق السراية لعدم امكان السراية لانه منفصل عن المكاتب حالة العقد فلم يثبت
فيه ما ثبت للاصل من الاصل بل يتعالله ما ذكر من التردد وكان ينبغي ان يباع بعد موت الاب لفوات
المتبوع ولعدم السراية ولكنه اذا جاء بدل الكتابة حالا صار كانه مات عن وفاء وان مات المكاتب
وترك ولدا من حرة اى امرأة معتقة الغير ودينا على الناس فيه اى في ذلك الدين وفاء بالكتابة
فجنى الولد فقضى القاضي بارش الجناية على عاقلة الام لا يكون ذلك القضاء قضاء بعجز
المكاتب يعنى مكاتب مات وله ولد حر من امرأة حرة معتقة وترك دينا على الناس فيه وفاء
بمكاتبته فالكتابة باقية وولاء الولد لموالى الام اما بقاء الكتابة فلان له من المال ما ينتظر
حصوله لان الدين مال باعتبار ماله ولكنه لا يحكم بعتقه حتى يؤدى البدل واما ان
الولاء لموالى الام فانه لما لم يحكم بعتقه لم يظهر للولد ولاء في جانب ابيه فيكون لموالى الام لالحاقه
بامه في الحرية حتى لو ترك عينا بدل الدين لم يتات القضاء بالالحاق بالام لامكان
الوفاء في الحال ولهذا قال ودينا على الناس لانه لو ترك عينا لم يمكن الالحاق بالام
فان جنى هذا الولد جناية وقضى بموجب الجناية على عاقلة الام لم يكن ذلك
قضاء بعجز المكاتب وفسخ الكتابة لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر الشئ
لا يبطله اما انه يقرر حكم الكتابة فلان الكتابة يستلزم الحاق الولد بموالى الام وايجاب
العقل عليهم لا على وجه الاستقرار بل على وجه يحتمل ان يعتق المكاتب بالاداء فيجر
ولاء ابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته
من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا كذب الملاعن نفسه عاد النسب
اليه فكذلك الولاء فكان ايجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقرر ثبوت
ملزومه واما ان كل ما يقرر شيئا لا يبطله فلئلا يعود على موضوعه بالنقض
وان اختصم موالى الام والاب في ولائه يعنى مات هذا الولد بعد موت الاب واختصم موالى
الاب مع موالى الام فقال موالى الام مات الولد رقيقا والولاء لنا وقال موالى الاب مات حرا

حرا والولاء لنا فقضى القاضي به اى بولائه لموالى الام فهو قضاء بعجزه اى عجز المكاتب وفسخ
الكتابة لان هذا الاختلاف اختلاف في الولاء مقصودا وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها
فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على موالى الام واذا بقيت واتصل بها الاداء
مات حرا وانتقل الولاء الى موالى الاب واستقر عليهم فاذا قضى القاضي بالولاء لموالى الام ينفذ
قضاؤه لكونه في فصل مجتهد فيه لان القضاء في فصل مجتهد فيه نافذ بالاجماع فاذا
نفذ قضاؤه كان تعجيزا للمكاتب وفسخا للكتابة فظهر الفرق بين هذه المسئلة
والمسئلة المتقدمة ولو جنى عبد مكاتبه سيده جاهلا بجنايته فعجز المكاتب نفسه
دفع اى دفع المولى العبد او فدى مالا اى المولى مخير بين الدفع والفدى لان احد هذين
الامرين موجب جناية العبد في الاصل الموجب الاصلى لا يترك الا لمانع والمانع عنه
الكتابة فانه اما عن الفدا فلعدم علمه بجنايته واما عن الدفع فلتعذر بالكتابة
فاذا عجز عنها فقد زال المانع وعاد الحكم الاصلى فان قيل فما الحكم فيه عند عدم العجز فالجواب
انه يجب على المولى قيمته لولى الجناية لانه لما لم يعلم جنايته لم يلزمه الفداء ولما كان كاتبه
تعذر عليه الدفع فوجب عليه قيمته كذا في العناية وكذا اى المولى مخير بين الدفع والفداء
لو جنى المكاتب فعجز قبل القضاء به اى بموجب الجناية لما ذكرناه من انه زال المانع فعاد
الحكم الاصلى ولو عجز بعد ما قضى عليه اى على المكاتب به اى بموجب الجناية فهو اى ما قضى
به عليه من موجب الجناية دين في ذمته يباع فيه اعلم ان المكاتب اذا جنى جناية خطأ
فانه يسعى في الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان دفعه تعذر بسبب الكتابة وهو احق
بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون له الكسب فيلزم على المكاتب موجب
جنايته وهو الاقل من القيمة ومن ارش الجناية كما في جناية المدبر وام الولد فانه يجب
على المولى الاقل من قيمتها ومن ارش جنايتهما لان المولى هو الاحق بكسبهما هكذا ذكر الكرخي
وغيره واذا علمت هذا ظهر لك ان الحق فيما نحن فيه قد انتقل بالكتابة من الموجب الاصلى
وهو دفع الرقبة الى القيمة فاذا زالت الكتابة بالعجز قبل القضاء عاد الموجب الاصلى واذا
زالت به بعد القضاء لم يعد الموجب الاصلى صونا للقضاء عن البطلان وهذا قول ابي حنيفة ومحمد

وقد رجع اليه ابو يوسف اخرا وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء الا ان يقضي
المولى عنه وهو قول زفر ولا تنفسخ الكتابة بموت السيد لانها لو انفسخت بموته لادى
موته الى ابطال حق المكاتب لان الكتابة حقه لانها سبب حريته وحريته حقه وسبب الحق
حق له ايضا وما يفضي الى ابطال حق الغير لا معتبر به ويؤدي المكاتب البدل الى ورثته
اي ورثة السيد سواء كان البدل مالا بان كاتبه على مال او عملا بان كاتبه على خدمته سنة
معينة لكنه لو كاتبه على سنتين مثلا فمات المولى قبل خدمته اصلا او تماما ينقلب
البدل مالا على ما بيناه عند شرح قوله فمن كاتب مملوكه ولو صغيرا فليراجع على نجومه
اي مؤجلا لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فينبغي بهذه
الصفة من غير تغيير فان اعتقه اي المكاتب بعضهم اي بعض الورثة لا ينفذ عتقه
لانه لم يملكه بعد اداء المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بالارث ولا عتق فيما
لا يملكه ابن آدم وان اعتقوه كلهم عتق مجانا في الاستحسان والقياس انه لا يعتق ايضا لعدم
الملك فيه لما ذكرناه وجه الاستحسان ان يصير اعتاقهم ابراء عن بدل الكتابة فانهم يملكونه
لجريان الارث فيه واذا برئ المكاتب عن جميع بدل الكتابة عتق مجانا كما اذا ابرأه مولاه
فان قيل فما جعل اعتاق احد الورثة ابراء عن نصيبه اجيب بانه لا يصح لانا نجعله
ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والعتق لا يثبت في المكاتب بابراء بعض البدل او ادائه
لا في بعضه ولا في كله لان عتقه معلق بسقوط جميع البدل ولهذا لو ابرأ المورث عن بعض
البدل لم يعتق شيء منه فاذا لم يمكن اثبات المقتضي لا يثبت المقتضى فلا وجه لابراء
البعض وكذلك لابراء الكل لحق بقية الورثة **كتاب الولاء** الولاء يتنوع
باختلاف السبب الى نوعين الاول ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة ايضا وسببه العتق على ملكه
وقيل سببه الاعتاق استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق والصحيح هو الاول
لانه لو عتق على الرجل قريبه بالوراثة كان الولاء له ولا اعتاق فجعل العتق سببا اولى
لعمومه والثاني ولاء الموالاة وسببه العقد على ما سيصرح به ولهذا يقال ولاء الموالاة
وولاء العتاقة اضافة للمسبب الى السبب على ما هو الاصل في الاضافة وهو في اللغة التناصر مطلقا

مطلقا وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعقل فالمصنف اشار الى النوع الاول
فقال الولاء لمن اعتق هكذا روي مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني اذا اعتق
الرجل مملوكه كان الولاء له لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق وجه الاستدلال
ان الحكم اذا ترتب على المشتق دل على ان المشتق منه علة لذلك الحكم ولان العتق يحيل
به العقل والميراث اما العقل فلان المولى ينتصر بعتقه بسبب العتق ومن ينتصر لشخص
يعقله لان الغنم بالغرم فحيث يغنم بنصره يغرم عقله واما الميراث فلان المولى احياه بالاعتاق
لازالة الرق منه لان الرقيق هالك حكما حتى لا يثبت في حقه كثير من احكام الاحياء كالقضاء
والشهادة والسعي الى الجمعة والعيدين وبالاعتاق ثبت هذه الاحكام في حقه فكان
احياء ومن احيى غيره معنى ورثه كالوالد فصار الولاء كالولاد فالولاد يوجب الارث فكذلك
الولاء فاذا انتصر المولى بالمعتق عقلا وارثا بسبب العتق ثبت ان الولاء لمن اعتق
لانه عبارة عندهم عن تناصر يوجب العقل والارث ثم كلمة من اعم من الرجال والاناث
لان المرأة لها ولاء عتاقة لمعتقها لكن الحربي مخصص عنه فان الحربي لو اعتق عبده
في دار الحرب لا ولاء له عليه حتى اذا خرجا الينا مسلمين لا يرثه خلافا لابي يوسف
بخلاف الذمي فان له ولاء العتاقة كذا في الزيلعي ولو وصلية بتدبير او استيلاد او كتابة
او وصية او ملك قريب يعني يستوي عند الموت ايضا فان قيل كيف يثبت الولاء
عند الموت للميت اجيب عنه بان المراد ان ثبوت الولاء لعصبة المولى انما يكون بسبب
ثبوته للمولى فانه المستحق له اولا لصدور سبب العتق منه ثم يسري منه الى عصبته
وبالقرابة بان ملك قريبه يثبت بها عند الشراء وسواء كان العتق حاصلا ابتداء او
بجهة الواجب ككفارة اليمين او الفدية ولغا شرطه اي شرط الولاء لغيره بان اعتق
عبده وشرط ان ولاءه لغيره او سائبة بان اعتق عبده وشرط ان لا يرثه ولا ولاء عليه
كان كل من الشرطين لغوا لكونه مخالفا بحكم الشرع فلا يرثه غيره ويرثه هو كما في
النسب اذا شرط انه لا يرثه ومن اعتق حاملا من زوج قن يعني اذا زوج رجل امته
من عبد الغير وحبلت الامة من زوجها القن للغير فولدت لاقل من نصف سنة

من حين اعتقت فولاء الولد له اى للمعتق وهو مولى الام لا ينتقل الولاء عنه اى عن
مولى الام ابدا لانه عتق على مولى الام كالام قصدا لانه جزء الام فيقبل الاعتاق
قصدا لان الجنين فى حكم العتق كشخص على حدة حيث يجوز انفراده بالعتق فلا
ينتقل ولاؤه عنه لان الولاء لمن اعتق نصا وكذا لو ولدت توأمين احدهما
اى ولدت احد التوأمين لاقل من نصفها اى من نصف السنة فالولاء لمولى
الام لا تنتقل عنه ابدا لانا تيقنا اذ الاول كان موجودا وقت العتق وتيقنا
انهما توأمان حملت بهما جملة لعدم تخلل اقل مدة الحمل بينهما فاذا تناول الاعتاق
الاول تناول الاخر ايضا ضرورة فصار المولى معتقا لهما جميعا لا ينتقل لاخرهما له
منه ابدا وان ولدت لاكثر من ذلك اى من نصف سنة فولاؤه له اى لمولى
الام ايضا الا انما اذا ولدت لاقل من نصف سنة لانه عتق تبعا لامه لاتصاله
بها عند عتقها وقد تعذر جعله تبعا للاب لرقيته لكن ان اعتق الاب اعنى عبد
الغير اى اعتق هو بعد عتق الام وولادتها لاكثر من نصف سنة جره اى جر الاب
ولاء ولده من موالى الام الى مواليه اى موالى الاب لان الولاء بمنزلة النسب لقوله صلى
الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب ثم النسب الى الاباء فكذلك الولاء والنسبة الى
موالى الام كانت لضرورة عدم اهلية الاب لرقه فاذا صار اهلا له بزوال المانع عاد الولاء اليه
كما ان ولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه عاد الانتساب
اليه اعترض على قولهم فاذا صار اهلا له عاد الولاء بانه اذا اعتقت المعتدة عن موت بان كانت
الامة امرأة مكاتب فمات المكاتب عن وفاء او اعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين
من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد لموالى الام لم ينتقل عنهم اصلا وان اعتق الاب الرقيق
واجيب بان العود اليه بعود الاهلية ولم يثبت بهذا العتق اهلية لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد
الموت لعدم تصور الوطء والى ما بعد الطلاق البائن بحرمة الوطء وكذلك الى ما بعد الطلاق الرجعى
لانه لا يصير مراجعا بالشك لانه اذا جاءت بالعبد لاقل من سنتين احتمل ان يكون موجودا
عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل انه لا يكون فيحتاج الى اثباتها ليثبت

ليثبت النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك استند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتاق
فيعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه ابدا كما فى المسئلتين المذكورتين فى الكتاب
من قبل وتبين من هذا انها اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى للتيقن
بوجود الولد عند الموت والطلاق واما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بالطلاق
البائن والرجعى ففى البائن مثل ما كان واما فى الرجعى فولاء الولد لموالى الاب لتيقننا بمراجعته كذا فى
العناية واعلم ان المص رحمه الله تعالى ذكر هاهنا جر الولاء وفرق مواضع الجر عن غيره والاصل فى ذلك
ان العتق اذا وقع على الولد مقصودا لا ينتقل ولاؤه من المعتق ابدا وان وقع تبعا لامه ثم اعتق
الاب جر ولاء ابنه الى مواليه وعلى هذا اذا اعتق الرجل امته وولدها عتقا معا وولاهما له فان اعتق
الاب بعد ذلك لا يجر ولاءه لانه لما كان منفصلا عن الام كان مملوكا لمالك الام والعتق يتناوله
مقصودا فلا يتبع احدا واذا اعتقت الام وهى حامل واعتقت وولدت بعد العتق لاقل
من ستة اشهر او ولدت احدى التوأمين لاقل من ستة اشهر ثم اعتق الاب رجل اخر فكذلك
لا ينتقل الولاء الى موالى الاب لان المولى قصد اعتاق الام والعقد اليها بالاعتاق فقصد الى جميع
اجزائها والحمل جزء منها فان كان الحمل ظاهرا وقت الاعتاق فواضح وهى مسئلة الكتاب
وان ولدت لاقل من ستة اشهر حصل اليقين بقيامه فيه وكذا اذا ولدت احد التوأمين
اقل من ستة اشهر على ما ذكر فى الكتاب وبيناه واما اذا اعتقها ثم ولدت لاكثر من ستة
اشهر ثم اعتق الاب جر ولاء ابنه الى مواليه على ما بيناه وسيأتى زيادة تفصيل واذا
جر ولاءه الى مواليه فهل يرجع الاولون عليهم بما عقلوه قالوا لا يرجعون واليه اشار
بقوله ولا يرجع الاولون اى موالى الام عليهم اى على موالى الاب بما عقلوا عنه اى عن الولد
قبل الجر بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون
على عاقلة الاب والفرق ان النسب يثبت من وقت العلوق لا من وقت الاكذاب اذ لا يتصور
ان يكون الانسان ولدا لشخص فى وقت ثم يتحول بعد ذلك الى غيره فيكون ولدا لغيره
وبالاكذاب تبين ذلك وتبين ان عقلهم كان على موالى الاب وقد اجبر قوم الام على الاداء
فيرجعون عليهم وفى الولاء حين عقل قوم الام كان ثابتا لهم وانما ثبت لقوم الاب

مقتصرا على ذمتهم الاعتاق لان سببه هو العتق مقصور عليه فلا يجوز كذا في الزيلعي
ولو تزوج مسلم عجمي لم يعتقه احد اصلا بل هو حر قيده بالعجمي لانه لو كان الاب عربيا
يكون ولاء لقوم ابيه بالاتفاق وفسرنا بكونه حر الاصل لان الابوين لو كانا معتقين
يكون ولاء لقوم ابيه ايضا بالاتفاق على ما سنبينه له اى لذلك الحر العجمي والمراد بالعجمي
هنا غير العرب كما في باب الكفاءة مولى موالاة اولا اى اولم يكن له مولى موالاة معتقة
مفعول تزوج اطلق المعتقة وهو وضع محمد في الجامع الصغير واختاره صاحب الهداية
والكنز ولم يقيدها بكونها معتقة العربي كما هو وضع القدوري لما ذكره في الزيلعي وغيره
ان وضع المسئلة في مطلق المعتقة هو الصواب وما ذكره القدوري اتفاقي لا احترازي لان
ولاء العتاقة قوي معتبر شرعا فلا يختلف ان يكون معتق هذه المعتقة من العرب
او من الغير العرب فيجب في الجميع نسبة اولاد المعتقة الى المعتق فان لم يكن ابوهم
عربيا على ما قالوا فولاء الولد لمواليها اى لموالي الام المعتقة عند ابي ح ومحمد وعند ابي
يوسف حكمه حكم ابيه صورة المسئلة حر عجمي تزوج معتقة فولدت منه فولاء ولدها
لموالي الام سواء كان للاب ولاء موالاة اولا وسواء كان الام معتقة العربي او معتقة
العجمي عند ابي ح ومحمد وقال ابو يوسف حكم ولدها حكم ابيه سواء كان للاب ولاء موالاة
اولا ولا يكون لموالي الام ولاء لان الولاء كالنسب والنسب الى الاب وان كانت الام اشرف
لكون الاب اقوى فكذا الولاء كما اذا تزوج عربي معتقة فولدت منه فولاء ولدها للاب
لا لموالي الام فكذا اذا كان الاب عجميا لاستوائهما في الحرية الاصلية وكما اذا تزوج عجمي بعربية
حرة فولدت منه فولاء ولدها لقوم ابيه لا لموالي الام فكذا اذا كانت الام معتقة بخلاف ما اذا كان
الاب عبدا فان العبد هالك معنى لكونه رقا فلا ينسب اليه النسب ولهما ان ولاء العتاقة
قوي يعتبر لقوته في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم لما كان ضعيفا
لضياعهم انسابهم حتى لم يعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب كان وجوده كعدمه كالعبد
لضعفه سواء كان له ولاء موالاة اولم يكن فلا يظهر في مقابلة ولاء العتاقة اما اذا
لم يكن فظاهر واما اذا كان له ولاء موالاة فلان ولاء الموالاة ضعيف ايضا حتى يقبل الفسخ

الفسخ فلا يظهر في مقابلة ولاء العتاقة فصار وجوده كعدمه ايضا وكذا حريته ضعيفة
الا ترى انها يحتمل الابطال بالاسترقاق بخلاف العربي فان له نسبا معتبرا وحرية ثابتة
فامتنع نسبة الولد الى معتق الام لقوة جانب الاب وبخلاف ما اذا تزوج العجمي عربية
لان اولاده منها لو نسبوا الى قوم امهم نسبوا اليهم بالنسب والنسب الى الام ضعيف
غير معتبر ولا عصوبة بينهم واما اولاد المعتقة فينسبون الى قوم امهم بالعصبية لا
بالنسب فيكون ثمرة هذا الاختلاف تظهر فيما اذا مات هذا الولد وترك عمته او غيرها
من ذوي الارحام ومعتق الام او عصبة معتقها كان المال لمعتق امه او عصبته عندهما
وعند ابي يوسف يكون لذوي الارحام لان حكمه حكم ابيه عنده فلا يكون عليه ولاء كما
اذا كان الاب عربيا واعلم انهم اختلفوا في انه هل يشترط في ثبوت الولاء على الولد
ان لا يكون الام حرة اصلية اولا يشترط فمنهم من ذهب الى الاول ومنهم من ذهب
الى الثاني والاكثر على الاول منهم صاحب البدايع وصاحب الدرر واكثر مشايخ الاسلام حتى
المولى ابي السعود افتى اولا بعدم الاشتراط ثم رجع وافتى بالاشتراط واستقر عليه رايه
وبيانه يحتاج تمهيد مقدمة فاعلم اولا ان لفظ حر الاصل يستعمل عند الفقهاء على معنيين
احدهما من لم يجر عليه نفسه رق بل تولد من معتقة والثاني من لا يكون في اصله رقيق
اصلا وثانيا ان الولاء على ما صرح به في الهداية وغيرها مبني على زوال الملك ولهذا قالوا
لا تقبل الشهادة بالتسامع في الولاء كما لا تقبل في العتق وزوال الملك نوع ثبوته وثبوته على الولد
يكون من قبل الام لما تقرر ان الولد يتبع الام في الرق والحرية ولا يسري ملك الاب الى الولد
فلا يكون زواله عن الولد الا من قبل معتق الام فاذا لم يكن في جانب الام رق لا يتصور على
الولد ولاء وثالثا ان اللفظ اذا كان قطعيا في معنى وجب ان يحمل عليه الظاهر المحتمل له ولغيره
ورابعا ان المطلق يحمل على المقيد في الروايات اذا عرفت هذه المقدمات فاعلم ان صاحب
البدايع ذكر ان من شرط ثبوت الولاء على الولد ان لا يكون الام حرة اصلية فان كانت حرة
اصلية فلا ولاء لاحد على ولدها وان كان الاب معتقا لان الولد يتبع الام في الرق والحرية
ولا ولاء لاحد على امه فكذا على ولدها وهذا لانه اراد بالحرية الاصلية المعنى الثاني الذي
ذكرناه بقرينة قوله ولا ولاء لاحد على امه وقد عرفت ان الولاء مبني على زوال الملك وزوال

الملك بالواسطة لا يكون الا من قبل الام فان كانت الام حرة الاصل بهذا المعنى لم يثبت على الولد
ملك فلا يثبت عليه ولاء هذا وقال في المنية الولد وان علق حر الاصل بان كانت امه حرة
اصلية او عارضية يجوز ان يثبت عليه ولاء اما لقوم الاب ولقوم الام ثم قال ان كان
الاب حر الاصل لا ولاء لقوم الاب وكذا اذا كانت الام حرة الاصل لا ولاء لقوم الام لان حر الاصل
لم يجر عليه عتق وهكذا ذكره في الدرر ثم قال فالمتبادر من ظاهر كلامه ان الام اذا
كانت حرة الاصل مطلقا جاز ان يثبت على ولدها الولاء وليس كذلك بل مراده بالحرية
الاصلية بالمعنى الاول اعني لا يكون في اصله رقيق اصلا بقرينة انه جعل الولد المتولد
من حرة عارضية وهي المعتقة حر الاصل ثم جعل الحرة الاصلية مقابلة للعارضية
فلا مخالفة بينه وبين ما سبق من البدايع فصورة كون الولاء لقوم الاب ما اذا لم يكن في
نسب الاب رقيق والولد ولد من معتقة او ممن ولدت من معتقة وصورة كون الولاء لقوم
الام ما اذا كان الاب عجميا نبطيا حر الاصل تزوج بمعتقة انسان او من ولدت من معتقة فان
ولاء الولد في الاول لقوم الاب اتفاقا وفي الثاني لقوم الام عند ابي ح ومحمد والحاصل ان الابوين
اذا كانا حرين اصليين بالمعنى الثاني فلا ولاء على الولد اصلا واذا كانا معتقين او في اصلهما
معتق فالولاء يقوم الاب واذا كان الاب معتقا او في اصله معتق والام حرة الاصل بالمعنى
الثاني سواء كانت عربية او عجمية فلا ولاء على الولد لقوم الام وان كان غير عربي فعند ابي ح
ومحمد يكون لقوم الام عليه ولاء خلافا لابي يوسف قال في حاشية الدرر نقلا عن شرح الوجيز
ولد امة حرة اصلية وابوه رقيق لا ولاء عليه ما دام الاب رقيقا فان اعتق فهل يثبت الولاء
عليه لمولى الاب يحكى فيه قولان انتهى ثم ذكر مثله عن معراج الدراية ايضا ولعل مبنى
الروايتين على اشتراط عدم كون الام حرة اصلية وعدم اشتراطه فمن لم يشترط
يثبت الولاء ومن شرط لا يثبته والمعتق اسم فاعل مقدم على ذوي الارحام مؤخر عن
العصبة النسبية وهي كل من ياخذ ما ابقته اصحاب الفرائض من التركة وعند الانفراد ياخذ
التركة كلها كالابن وابن الابن وان سفل والاب والجد والعم لابوين او لاب وابن العم كذلك
وذوي الارحام كل قريب ليس بذي سهم ولا عصبة على ما بين في الفرائض وقد بين فيه
ايضا ان المعتق اخر العصبات مؤخر عن العصبة النسبية مقدم على ذوي الارحام فان

فان مات السيد ثم المعتق اسم مفعول ولا وارث له فارثه لاقرب عصبة سيده فيكون
الارث لابنه اي ابن سيده دون ابيه لو اجتمعا اي ابن سيده وابوه وهذا لان الابن
مقدم على الاب على ما بين في الفرائض هذا عند ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف لابيه السدس
والباقي للابن قلنا استحقاق الاب السدس مع الابن بالفرضية لا بالعصبة والارث
ههنا عصبة لا صاحب فرض فيقدم اقرب العصبات وهو الابن ولو اعتقت امرأة
عبدا لها ثم ماتت وتركت ابنها واخاها ثم مات العبد ولا وارث له غيرهما فالميراث
لابنها دون اخيها بالاتفاق لان الابن اقرب في العصوبة ولا فرضية للاخ الا ان
عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته لجنايتها وجنايتها
على قوم ابيها فكذلك جناية معتقها وابنها ليس من قوم ابيها وعند استواء
القرب يستوي القسمة حتى لو مات السيد وترك ابنان ثم مات المعتق
بلا وارث يستوي الابنان في القسمة لاستوائهما في القرب وليس للنساء
من الولاء الا ما اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن الحديث
اي تمام الحديث او دبرن او دبر من دبرن او جر ولاء معتقهن او معتق معتقهن هذا
الحديث وان كان فيه شذوذ من حيث المتن حيث لم يوجد في الصحيح والمسانيد بهذا المتن لكنه
تاكد بما روي عن كبار الصحابة بمثل فصار بمنزلة المشهور فيحتج به والكلام فيه من
وجهين الاول في اعرابه فقوله الا ما اعتقن مستثنى من مقدر وما موصولة وضمير
الصلة محذوف اي ليس للنساء شيء من الولاء الا ولاء ما اعتقنه او ولاء ما اعتقه من
اعتقنه او ولاء ما كاتبنه او ولاء ما كاتبه من كاتبنه او ولاء من دبرنه او ولاء ما دبره
من دبرنه وقوله او جر يحتاج الى ان يقدر معه ان حتى يصير مؤولا بالمصدر اي ليس
لهن شيء من الولاء الا ولاء ما ذكر او ان جر ولاء معتقهن فحاصل المعنى ليس لهن شيء
من الولاء الا ولاء معتقهن او ولاء معتق معتقهن الى اخره او الولاء الذي جره معتقهن
اعترض عليه بان ما لغير العقلاء والمعتق من العقلاء اجيب عنه بوجهين الاول بان ما
عبارة عن المرقوق الذي يتعلق به الاعتاق والرق في المرقوق بمنزلة الموت فيكون المرقوق

بمنزلة الميت الجماد فاستعمل فيه كلمة ما والثاني انه ما بحث عن كلمة من الكلام الثاني من صور
مسائله فصورة ولاء معتقهن ومكاتبهن ظاهرة واما صورة ولاء معتق معتقهن فهي ان المرأة
اذا اعتقت عبدا فاشترى ذلك العبد عبدا آخر واعتقه ثم مات المعتق الثاني وليس له عصبة
نسبية وقد مات قبله العبد الاول وعصبته فميراثه لتلك المرأة بالعصوبة من جهة الولاء
وكذلك الحكم في مكاتب مكاتبهن وصورة ولاء مدبرهن ان دبرت امرأة عبدا ثم ارتدت ولحقت
بدار الحرب وحكم القاضي بلحاقها وعتق عبدها المدبر ثم اسلمت ورجعت الى دار الاسلام ثم
مات المدبر ولم يخلف عصبة نسبية فولاؤه لها وصورة مدبر مدبرهن انها دبرت فلحقت
بدار الحرب فقضي به وبعتق مدبرها فاشترى عبدا ودبره ثم مات ورجعت المرأة تائبة الى
دار الاسلام اما قبل موت مدبرها او بعد موته ثم مات المدبر الثاني ولم يخلف عصبة نسبية
فولاؤه لها وصورة جر ولاء المعتق ان عبدا امرأة تزوج بمعتقة الغير باذنها فولد بينهما
ولد هو حر تبعا لامه فولاؤه لامه فاذا اعتقت تلك المرأة عبدها جر ذلك ولاء ولده الى نفسه
اولا ثم الى مولاته حتى اذا مات المعتق ثم مات ولده وخلف معتقة ابيه فولاؤه لها وصورة
الجر ولاء معتق معتقهن ان امرأة اعتقت عبدا فاشترى العبد المعتق عبدا وزوجه بمعتقة
الغير فولد بينهما ولد هو حر تبعا لامه فولاؤه لموالي امه فاذا اعتق ذلك العبد المعتق عبده
جر ولاء ولد معتقه من موالي الام الى نفسه ثم الى مولاته **فصل في ولاء الموالاة**
اخره عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة مقدم عليه رتبة لقوته لكونه غير قابل للتحول
فقدمه وضعا ليوافق الوضع الطبع وولاء الموالاة سببه العقد بان يتقدم رجل على رجل
ويقول له واليتك على اني ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك
وقبل الآخر منه صح العقد بعد وجود شرائطه التي نذكرها وهي خمسة احدها ان يكون ذلك
الرجل مجهول النسب بان لا ينتسب الى غيره والا لا يصلح ان يوالي غيره واما نسبة غيره اليه فغير
مانع والثانية ان لا يكون له ولاء عتاقة ولا موالاة مع احد وقد عقل والثالثة ان لا يكون عربيا
لان تناصر العرب بالقبائل فاغنى عن الموالاة والرابعة ان يكون حرا عاقلا بالغا لان عقد الموالاة
تصرف دائر بين النفع والضرر لان فيه ايجاب الارث والزام العقل فلا يصح عن العبد الا باذن

باذن سيده ولا عن المجنون وهو ظاهر ولا عن الصبي ايضا ولو عاقلا الا باذن ابيه او وصيه
والخامسة ان يشترط الميراث والعقل لان هذا العقد يقع على ذلك فلا بد من ذكره
في العقد واما كونه اسلم على يديه الاعلى فليس شرط في صحة العقد وانما وقع ذلك
في عبارة المص وغيره من الفقهاء اتفاقيا اخراجا له مخرج الغالب وحكمه ان يثبت به
الارث اذا مات وان يعقل عنه اذا جنى ويدخل فيه اولاده الصغار ومن يولد له بعد
العقد فلو اسلم هذا ليس بشرط في هذا العقد بل خرج مخرج الغالب وقد ذكرناه من قبل
عجمي اي حر اصلي مكلف وهذا من شروطه كما ذكرناه على يد رجل ووالاه بان قال واليتك
على ان ترثني ان مت وتعقل عني ان جنيت ولا بد من ذكر هذا كما عرفت من قبل واليه اشار
بقوله على ان يرثه ان مات ويعقل عنه ان جنى او والى عطف على قوله ووالاه اي اسلم
عجمي على يد رجل ووالى غير من اسلم على يده صح عقد الموالاة وقال الشافعي ومالك
لا يصح هذا العقد ووجههما والجواب عنه ذكر في المفصلات ان لم يكن معتقا اسم مفعول
لانه لو كان معتقا لانسان لم يصح عقد موالاته لان ولاء العتاقة قوي فلا يقدر على ابطاله
بعقد الموالاة وهذا من احدى شروطه ايضا على ما ذكرناه وعقله هذا شروع في بيان
حكمه اي عقل جنايته عليه اي على من والاه وارثه له اي لمن والاه ان لم يكن له اي للذي
والى غيره وارث فانه لو كان له وارث فالوارث اولى منه وان كان من ذوي الارحام
فانه مؤخر عن ذوي الارحام على ما اشار اليه بقوله وهو اي القابل المولى الموالاة مؤخر
عن ذوي الارحام فاذا كان مؤخرا عنه فلا يرثه عنده واعترض عليه بانه ينبغي ان يكون
الثلث للمولى الموالاة كما لو اوصى بكل ماله لرجل اخر وله وارث معروف فان ثلثه لذلك الرجل
واجيب بانه جعله بعقد الولاء وارثا له عنه وفي سبب الوراثة ذو القرابة ارجح لان القرابة
متفق على ثبوتها شرعا وان اختلفوا في كونها سببا للارث وعقد الولاء مختلف في ثبوتها
شرعا فان الشافعي ومالكا انكراه ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوي فلا يظهر استحقاق
المولى معه لهذا السبب في شيء من المال بخلاف الوصية بالثلث فانها خلافة في المال مقصودا
فلا يمكن جعل الثلث له بطريق الوصية لانه ما اوجب له ذلك مقصودا ولا بطريق الارث

لترجح استحقاق القريب عليه وله اي للمولى الاسفل اعني من والى غيره ان يفسخه قولا بحضرته
اي بحضرة الاعلى لانه عقد غير لازم كالوكالة والوصية لان الاعلى متبرع بالقيام بنصرته
وعقل جنايته والاسفل متبرع بجعله خليفته في ماله او لتبرع غير لازم ما لم يحصل به
القبض او العوض في الهبة فهذا غير لازم ما لم يعقل عنه شيئا فاذا كان غير لازم فلكل واحد
منهما ان ينفرد بفسخه بمحضر صاحبه لا في غيبته لان العقد قد تم بهما معا كما في الشركة
والوكالة والمضاربة فلا بد في فسخه من حضورهما كيف لا والفسخ في غيبة الاخر لا يعرى
عن ضرر لانه ربما يموت الاسفل فيأخذ الاعلى ماله ميراثا له وقد كان فسخه الاسفل ولم
يعلمه الاعلى فيكون ما اخذه ميراثا مضمونا عليه فيتضرر به الاعلى او يعتق الاسفل
عبدا على ظن ان عقل عبده على المولى الاعلى فيجب عليه وحده فيتضرر به الاسفل فلا يصح الفسخ
قولا الا بمحضر الاخر دفعا للضرر كما في الوكالة بخلاف ما اذا فسخه ضمنا لا قصدا واليه اشار
بقوله وفعلا مع غيبته اي يفسخه فعلا مع غيبة الاخر وذلك بان ينقل المولى الاسفل
الولاء عنه اي عن المولى الاعلى الى غيره اي الى غير المولى الاعلى وذلك بان يوالي غير الاول
فانه ح ينفسخ العقد الاول في ضمن العقد مع الثاني بلا فسخ منه لانه فسخ حكمي لا قصدي
فلا يشترط فيه حضور الاخر كما اشترط في الفسخ بالقول لانه فسخ قصدي لا بد له
من علم الاخر وبعد ان مصدرية عقل المولى الاعلى عنه اي عن جناية الاسفل او عن
جناية ولده لا يفسخه هو اي الاسفل ولا ولده يحتمل صورا اربعا تامل وهذا لانه اذا
عقل عنه او عن ولده بتاكيد العقد بتعلق حق الغير به واتصال القضاء به فلا يفسخ
ولانه لما عقل عنه صار كالعوض المقبوض كما في الهبة فلا يفسخ وللاعلى ايضا اي كالاسفل
ان يبرأ عن ولائه بمحضره اي بمحضر الاسفل لعدم اللزوم ولعدم تضرر الاسفل به كما تقدم
انفا ولو اسلمت هذا القيد اخرج مخرج الغالب وليس بشرط على ما ذكرناه من قبل
امرأة ووالت رجلا اي عقدت عقد الموالاة معه بشروطه المتقدمة او اقرت
بالولاء اي ولاء الموالاة فولدت في الصورتين مجهول النسب اي لا يعرف له اب او كان
معها اي في الصورتين ولد صغير كذلك اي لا يعرف له اب تبعها فيه اي صح عقدها

عقدها بالموالاة وكذلك اقرارها به وتبعها ولدها المولود وولدها الصغير ويصيران
موالي فلان وهذا عند ابي ح خلافا لهما حيث قالا لا يتبعها ولدها في الصورتين لان الام
لا ولاية لها على ماله فعلى نفسه اولى ولابي ح ان الولاء كالنسب وهو نفع محض في
حق الصغير الذي لم يكن له اب فتملكه الام كقبول الهبة للصغير قال في الدرر
نقلا عن المحيط والى ذمي مسلما او ذميا جاز وهو مولاه لانه يجوز ان يكون للذمي
على المسلم ولاء العتاقة فكذلك ولاء الموالاة واذا اسلم على يدي حربي ووالاه هل يصح
لم يذكره في الكتاب وفيه خلاف قيل يصح لانه يجوز ان يكون للحربي ولاء العتاقة
على المسلم فكذا ولاء الموالاة كما في الذمي وقيل لا يصح لان في عقد الموالاة مع الحربي تناصر
الحربي وموالاته وقد نهينا عنه بخلاف الذمي واستشكل عليه بان الارث لازم
للولاء وقد تقرر ان اختلاف الدينين مانع من الارث كاختلاف الدارين اللهم الا ان
يقال معناه ان سبب الارث ثبت في ذلك الوقت ولكن لا يظهر الارث ما داما
على حالهما فاذا زال المانع يعود الممنوع كما ان نحو العصبة او صاحب الفرض مانع من
الارث فاذا زال قبل الموت يعود الممنوع قلت هذا من قبيل تخصيص العلة والمخلص
معروف **كتاب الاكراه** هو في اللغة عبارة عن حمل الانسان على شيء يكرهه
يقال اكرهت فلانا اي حملته على امر يكرهه وفي الاصطلاح ما ذكره بقوله فعل يوقعه
الانسان بغيره متعلق بتوقعه يفوت صفة فعل وهو من الثلاثي به اي بذلك
الفعل رضاه اي رضى الغير او يفسد اختياره اعلم ان الاكراه على نوعين ملجئ وغير
ملجئ فالملجئ هو الكامل وهو ان يكرهه بامر يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه
فانه يعدم الرضاء ويوجب الالجاء ويفسد الاختيار وغير الملجئ قاصر وهو ان يكرهه
بما لا يخاف على نفسه ولا على تلف عضو من اعضائه كالاكراه بالضرب الشديد او الحبس
فانه يعدم الرضاء ولا يوجب الالجاء ولا يفسد الاختيار والنوع الثاني لا يؤثر الا في تصرف
يحتاج فيه الى الرضا كالبيع والاجارة والاقرار الا ترى ان الهزل يؤثر في هذه التصرفات
لعدم الرضاء به ايضا والنوع الاول يؤثر في الكل فيضاف فعله الى المكره كانه فعله

بنفسه والمكره اغاهو آلة له اقتصر الفعل على المكره ولا يتجاوز الى المكره لعدم كونه آلة
له فيكون هو كانه فعله بنفسه باختياره من غير اكراه احد وذلك مثل الاقوال
والاكل والشرب فان الانسان لا يتكلم بلسان غيره ولا ياكل ولا يشرب بفم غيره فلا
يكون مضافا الى غير المتكلم والاكل والشارب ولكنه اذا كان فيه اتلاف شيء فيضاف
اليه من حيث الاتلاف لصلاحيته آلة له في الاتلاف فان لم يصلح انه له في حق التلفظ
والاكل والشرب فيرجع المكره على المكره بقيمة التلف كما اذا اكرهه على العتق وتكلم بكلمة
العتق يقع العتق كانه اوقعه باختياره حتى يكون الولاء له ويضاف الى المكره من
حيث الاتلاف فيرجع عليه بقيمته هكذا ذكر في كتب الاصول والفروع فظهر منه ان
عدم الرضا معتبر في جميع صور الاكراه واصل الاختيار ثابت في جميع صوره لكنه في
بعض الصور يفسد الاختيار وفي بعضها لا يفسد فعلم منه ان قول المصنف يفوت به رضاه
او يفسد اختياره ليس على ما ينبغي وهكذا وقع في الهداية والوقاية ايضا لانه من
قبيل جعل قسم الشيء قسيما له لان ما يعدم الرضاء على قسمين قسم يفسد اختياره
ولا يعدمه وقسم لا يفسده مع بقاء اهليته فيه اشارة الى ان المكره لم يسقط عنه
الخطاب لان الخطاب بالاهلية واذا كانت الاهلية ثابتة كان المكره مخاطبا وانما بقيت
الاهلية لان المكره مبتلى والابتلاء لا ينافي الاهلية والخطاب الثابتين بل يحققهما وشرطه
اي شرط الاكراه اربعة امور الاول قدرة المكره على صيغة اسم الفاعل على ايقاع ما هدد
به سلطانا كان او لصا لم يفرق بين حصوله من السلطان واللص كما هو مذهب ابي
يوسف ومحمد لان تحقق الكره يتوقف على خوف المكره وقوع ما توعد به ولا يخاف
ذلك الا اذا كان المكره قادرا على ذلك والسلطان وغيره عند تحقق القدرة عليه
سيان والذي قاله ابو ح من ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان فقد قالوا ان هذا
اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان مناط الحكم القدرة على ايقاع ما هدد به
ولم تكن تلك القدرة في زمن ابي ح الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير اهل الزمان
في زمانهما فقد تحقق تلك القدرة في كل من المتغلبة فقالا يتحقق الاكراه من السلطان

السلطان وغيره وعليه الفتوى كما في قاضيخان والخلاصة ومجرد الامر من السلطان
هل يكون اكراها ففي قاضيخان ان مجرد الامر من السلطان من غير تهديد يكون اكراها
وعندهما ان كان المامور يعلم انه لو لم يفعل ما امره به يفعل به ما يفعل السلطان
كان امره اكراها قال في الثاني والثلاثين من العمادية نقلا عن الذخيرة رجل ادعى
على رجل انه امر فلانا فاخذ منه كذا من المال فان كان المدعى عليه الامر سلطانا
فالدعوى عليه مسموعة وان كان غير سلطان فلا لان امر السلطان اكراه لان المامور
يعلم انه لو لم يمتثل امره يعاقبه وهذا عادة السلطان ولو هدده السلطان بالعقوبة
على ان ياخذ مال الغير ويتلفه ففعل كان الضمان على السلطان دون المامور وكذا
اذا امره بذلك ولم يهدده واذا كان الضمان على السلطان كانت الدعوى عليه صحيحة
واما امر غير السلطان فليس باكراه لانه لا يعاقب المامور لو لم يمتثل فكان مجردا
وانه لم يصح فخرج الامر من البين وبقي الفعل مقصورا على المامور فكان الضمان
عليه قال وان ادعى الضمان على المامور بان ادعى على رجل ان فلانا امرك فاخذت
من مالي كذا وكذا فان كان الامر ذا سلطان فالدعوى على المامور لا يصح وان لم يكن
ذا سلطان فدعوى الضمان عليه صحيح لما قلنا انتهى والشرط الثاني ما ذكره بقوله
وخوف المكره على صيغة اسم مفعول وقوع ذلك الفعل وذلك بان غلب على ظنه
انه يفعله والشرط الثالث قوله وكونه اي المكره اسم مفعول ممتنعا قبله
اي قبل الاكراه عن فعل ما اكره عليه لحقه اللام متعلق بممتنعا كالاكراه ببيع ماله
او اتلافه او اعتاق عبده او لحق شخص آخر كاتلاف مال الغير او لحق الشرع
كشرب الخمر والزنا ونحوهما واشار الى الشرط الرابع بقوله وكون المكره به متلفا
نفسا او عضوا كالقتل والقطع او موجبا غما بالمعجمة يعدم من الاعدام الرضاء
كالضرب الشديد والحبس المديد فاذا وجد الاكراه من اهله في محله مجتمعا بهذه الشرائط
الاربعة فتصرف المكره نوعان احدهما لا يصح تصرفه والثاني يصح فذكر النوع الاول
او كلامه بعضها يتعلق به ثم ذكر النوع الثاني بقوله وان اكره على طلاق او عتاق

الى اخره فالنوع الاول وهو ما اشار اليه بقوله فلو اكره على بيع او شراء او اجارة
او اقرار اى لآخر بالف درهم مثلا بقتل متعلق باكراه ولم يذكر القطع لانه فى حكم
القتل وضرب شديد او حبس مديد خير المكره بين الفسخ والامضاء لان الاكراه
يعدم الرضاء والرضا شرط فى هذه التصرفات فلا يصح بدونه فاذا لم يصح كان مخيرا
بين الفسخ والامضاء بالاجازة ولان الاقرار انما صار حجة فى غير الاكراه لترجح جنبة الصدق
وعند عدم الرضا بالاكراه يترجح جنبة الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة ويملكه
المشترى ملكا فاسدا ان قبضه كما فى سائر البيوع الفاسدة فان المشترى يملك
المبيع فى البيوع الفاسدة بالقبض ملكا فاسدا كما تقدم فى البيع وفيه خلاف زفر
وكذا يملكه المشترى لو تصرف فيه تصرفا لا يحتمل النقض قبل القبض كالاعتاق
واليه اشار بقوله فلو اعتق اى لو اعتق المشترى العبد الذى اشتراه بالكره
صح اعتاقه لعدم احتمال النقض ولزمه قيمته سواء اجاز البايع او لم يجز لانه
اجازته بعد اعتاق المشترى لا يصح على ما فى قاضيخان فلزمه قيمته فى المصور ثم
قال فى قاضيخان ولو اكره على الشراء والقبض ودفع الثمن والبايع غير مكره فلما
اشترى المكره العبد وقبض اعتقه او دبره او كان المبيع امة فوطئها او قبلها
بشهوة كان اجازة للمشترى ولو ان المشترى اشترى ولم يقبض حتى اعتقه
البايع نفذ عتقه وبطل البيع وان اعتقه المشترى قبل القبض نفذ اعتاقه
استحسانا ولو اعتقاه معا قبل القبض فاعتاق البايع اولى ولو كان البايع مكرها
والمشترى غير مكره لا يصح اعتاق المشترى قبل القبض ويصح بعد القبض وان اجاز
البايع بعد اعتاق المشترى نفذ البيع ولا ينفذ العتق قبل القبض انتهى واغا لزمه
قيمته لاتلافه ما ملكه بالعقد الفاسد كما هو حكم المتلف بالعقد الفاسد وقبض الثمن
او تسليم المبيع طوعا قيد لكل من القبض والتسليم اجازة للبيع لا فعلهما اى قبض الثمن
وتسليم المبيع كرها يعنى لو باع مكرها وقبض الثمن من المشترى طوعا او سلم المبيع الى
المشترى طوعا كان كل من قبض الثمن وتسليم المبيع طوعا اجازة للبيع فينفذ بخلاف ما اذا

اذا قبض الثمن كرها او سلم المبيع كرها بعد ان باع كرها فانه ليس باجازة للبيع بل يكون
فاسدا ويتملكه المشترى ملكا فاسدا بعد القبض لا قبله كما ذكر ولا دفع الهبة
طوعا بعد ما اكره عليها يعنى لو اكره على الهبة فوهبه مكرها وسلمه طوعا يكون
الهبة باطلة وليس بتسليمه طوعا اجازة وكذا لو تصدق مكرها وسلم طوعا
فالصدقة باطلة على ما فى قاضيخان وان هلك المبيع فى يد مشتر غير مكره لزمه قيمته
لما تقدم انه مقبوض بحكم بيع فاسد فيكون مضمونا عليه بالقيمة وللبايع المكره
اسم مفعول تضمين اى شاء من المكره اسم فاعل والمشترى لان كل واحد منهما
احدث سبب الضمان اما المشترى فلانه اتلف ما قبضه بحكم العقد الفاسد واما
المكره فلانه ازال يد المالك عن ملكه بغير اذنه فصار غاصبا فيضمن لان المكره فى حق
التسليم جعل آلة له فصار فعله كفعله فان ضمن المكره رجع المكره على المشترى
بقيمته لانه باداء الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره فيكون مالكا له من وقت وجود
السبب بالاستناد وان ضمن المشترى لا يرجع على المكره لانه ثبت ملك المشترى فيه
كغاصب الغاصب لا يرجع على الغاصب اذا ضمن قيمة المغصوب لانه ملكه بالضمان واليه اشار
بقوله وان ضمن المشترى بعدما تداولته البياعات بان باعه المشترى من آخر وباع
الآخر من آخر وهكذا ثم ضمن المشترى الاول نفذ كل شراء وقع بعد شرائه لا ما وقع
قبله يعنى لو باع مكرها من غير مكره ثم باع ذلك المشترى من آخر وباع الآخر من آخر وهكذا
فللبايع تضمين من شاء من المشترين فان ضمن المشترى الاول نفذ كل الشراء وان ضمن
المشترى الثانى او الثالث او الرابع وهكذا نفذ كل شراء وقع بعد شراء هذا المشترى
لا ما وقع قبله لان المشترى ملكه بالضمان من وقت قبضه بطريق الاستناد لا قبل
قبضه وان اجاز المالك وهو البايع عقدا منها اى من تلك البياعات جاز ما قبله ايضا
اى كما جاز ما بعده لانه باجازة المالك زال المانع وهو حقه وقد سقط بالاجازة فيعود
الكل جائزا بخلاف ما اذا اجاز المالك احد بيع من بيوع الفضولى فانه لا يجوز الا بيع
من اجازه المالك دون غيره مما قبله ومما بعده لان كل واحد من الفضولى باع ملك

غيره فلا يفيد البيع ملكا للمشتري منه فعند اجازة المالك يملك من اجيز لعقده
ويبطل البقية لورود ملك بات على ملك موقوف لان ملكه قبل الاجازه موقوف
وبعده صار باتا والموقوف يبطل عند ورود البات وفيما نحن فيه يبيع كل منهم
ملكه لان بيع المكره يفيد الملك بالقبض كما تقدم والمانع من نفوذه زال بالاجازة فنفذ
الكل وله اي للبايع وهو المالك المكره على البيع استرداده اي رد الثمن الذي قبضه مكرها
اذا فسخ البيع لو كان الثمن باقيا في يده وان هلك لا يضمن لان الثمن كان امانة عنده
لانه اخذه باذن المشتري في القبض اذ كان المالك فانما يجب الضمان اذا قبض للتملك
وهو لم يقبض للتملك لانه مكره على قبضه بخلاف المشتري الغير المكره فانه يضمن قيمة المبيع
اذا هلك لانه قبض بغير اذن البايع وقد قبضه للتملك بخلاف ما لو كان المشتري مكرها دون
البايع فهلك المبيع عند المشتري بغير تعد فانه لا يضمن لانه امانة عنده كذا في قاضي خان
وهل للمشتري الغير المكره حق الفسخ كالبايع ففي قاضيخان ولو كان البايع مكرها والمشتري
غير مكره فقال المشتري بعد القبض نقضت البيع لا يصح نقضه وان نقض قبل القبض صح
نقضه ولو كان المشتري مكرها دون البايع فكل واحد منهما حق الفسخ قبل القبض واما
بعد القبض فيكون حق الفسخ الى المشتري دون البايع وضرب سوط وحبس يوم
ليس باكراه الا فيمن يستضر به لكونه ذا منصب اي عز ومرتبة فان الشرفاء والاجلة من
العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحد اكثر مما يستنكف
غيره من ضرب سياط وحبس ايام ولهذا قال محمد ليس في ذلك تقدير لازم بل ذلك على
حسب ما يرى الحاكم من حال من ابتلي به وان اكره على اكل ميتة او دم او لحم خنزير او شرب
خمر لما ذكر حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد المالية شرع في بيان حكم الاكراه الواقع
في حقوق الله تع وذكر فيه الاكراه الملجئ وهو الذي يخاف فيه تلف النفس والعضو وغير
الملجئ وهو الاكراه بالضرب والحبس والقيد والاول معتبر شرعا في الفعل والقول والثاني
غير معتبر في الفعل ولا في القول الذي يستوي فيه الجد والهزل ومعتبر في القول الذي لا يستوي
فيه الجد والهزل على ما سيظهر لك فعلى هذا يصير مسائل هذا الفصل على اربعة انواع

انواع الاول ما اشار اليه بقوله ان اكره على اكل ميتة الخ بضرب او حبس او قيد لا يحل التناول
لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كما في حالة المخمصة فانه يحل التناول لقيام
المرخص اعني خوف التلف ولا ضرورة عند عدم الخوف فلا يحل حتى لو خاف التلف من الضرب
وغلب على ظنه ابيح له ذلك وان اكره على الاشياء المذكورة بقتل نفسه او قطع عضو
من اعضائه من اليد والرجل والاصابع او الاذن والانف انما قيدنا القتل بنفسه والقطع
باعضائه لانه لو اكره على فعل الاشياء المذكورة بقتل رجل اخر او بقطع عضو اخر لا يحل له
جعل هذه الاشياء وانما يحل له ذلك اذا اكره بقتل نفسه او قطع عضوه على ما صرح به
في القسم الرابع من مسائل هذا الفصل من قاضيخان حيث قال فيه ولو قيل له لتشربن
هذا الخمر او لتاكلن هذه الميتة والا لاقتلن اباك او ابنك لا يسعه ان ياكل ويشرب ولو
شرب مع ذلك لا يحد حل لوجود الضرورة المرخصة اعني خوف التلف على نفسه او على عضوه
لان الضرورات مستثناة في احكام الشرع ويأثم بصبره على التلف ان علم الاباحة لانه انما ابيح
من حيث ان حرمة هذه الاشياء كانت باعتبار خلل يعود الى البدن او العقل او العرض وحفظ
ذلك مع فوات النفس غير ممكن كان بالامتناع عن الاقدام معاونا لغيره على هلاك نفسه
فيأثم كما في حالة المخمصة فانه اذا كان بحيث يموت جوعا وعنده لحم ميتة او خنزير او
يموت عطشا وعنده خمر حل له التناول ويأثم بصبره ان علم الاباحة والا لا يأثم وعن ابي
يوسف انه لا يأثم لان الاقدام على ذلك رخصة اذ الحرمة بصفة انها ميتة او خمر وهي
قائمة فاذا امتنع كان اخذا بالعزيمة فلا يأثم قلنا لا نسلم ان الحرمة قائمة لان الله تع قد
استثنى حالة الاضطرار فقال وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه والاستثناء
تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان لبيان ان المستثنى لم يدخل في صدر الكلام فلا محرم فكان
اباحة لا رخصة فامتناعه من التناول كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلف نفسه
او عضوه فكان اثما لكنه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء
لانه امر يختص بمعرفة الفقهاء فتعذر اوساط الناس بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول
الاسلام او في دار الحرب واشار الى النوع الثاني بقوله وان اكره على الكفر او سب النبي
عليه السلام

بقتل اي نفسه او قطع عضو من اعضائه قيدنا هنا بذلك لما ذكرناه من قبل بعينه وبه صرح في
قاضيخان ايضا رخص له اظهاره وقلبه مطمئن بالايمان لقول النبي صلى الله عليه وسلم
لعمار بن ياسر حين ابتلي به كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا فعد
وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان ولان الركن الاصلي للايمان هو
التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرا لان التكرار ليس بشرط
وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله
تعالى توهما فيسع الميل الى احياء حقه ولو اكره الكافر على الاسلام فاسلم صح اسلامه على

مطلب اكراه الكافر على الاسلام

ما صرح به في قاضيخان والخلاصة حيث قالا لو اكره على الاسلام فاسلم صح ولكن لو ارتد يحبس
ولا يقتل استحسانا هكذا ذكروه على الاطلاق لكن قيدا الكافر في كتاب احكام المرتد من
التاتارخانية بالحربي حيث قال فيه ان اسلام المكره اسلام عندنا ان كان حربيا وان
كان ذميا لا يكون اسلاما انتهى بعبارته وقد صرح في الاختيار صحة اسلام الذمي المكره
كاسلام الحربي فتعارضت عباراتهم في صحة اسلام الذمي المكره لا يصح على اصل الشافعي
ولم يتعرضوا صحته وعدمه على اصل اصحابنا والذي يقتضيه النظر صحة اسلامه
قضاء ويوجر بالصبر على التلف لان النبي صلى الله عليه وسلم سمى مثله سيد الشهداء
وقال ايضا هو رفيقي في الجنة ولان حرمة الكفر باقية لتناهي قبحه وبقاؤها يوجب
الامتناع عزيمة لاعزاز الدين بخلاف ما تقدم من اكل الميتة وشرب الخمر فان الحرمة
هناك لم تكن باقية للاستثناء كما تقدم واعترض عليه بان اجراء كلمة الكفر ايضا
مستثنى بقوله الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه
فينبغي ان يكون مباحا كاكل الميتة وشرب الخمر واجيب بان في الاية تقديما وتأخيرا
تقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم
عذاب عظيم الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان فانه يباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم
حالة الاكراه وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم
الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم عدم العلة كما في شهود الشهر في حق

في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر فجاز ان يكون منتفيا مع قيام العلة
الموجبة للغضب وهو الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر ولا رخصة لاجراء كلمة الكفر
بغيرهما اي بغير القتل والقطع من الضرب والحبس والقيد لانه فوق اكل الميتة والدم
في القبح فلما لم يكن مرخصا فيهما ففي اجراء كلمة الكفر اولى قال في قاضيخان واذا اكره بوعيد
حبس او ضرب لا يخاف منه تلف عضو على ان يكفر بالله فتلفظ بالكفر يصير كافرا وتبين
امرأته منه فان قال كان قلبي مطمئنا بالايمان لا يصدق واذا اكره على الكفر فقال كفرت
بالله فقال نويت به الخبر عن كفر سابق في الماضي كذبا تبين امرأته منه في القضاء
ولو قال كفرت بالله ولم يرد به الخبر عن الماضي وانما قصد تحقيق الكفر تبين منه
امرأته قضاء وديانة ويصير كافرا لانه يقدر على الخلاص عن الاكراه باجراء كلمة الكفر
من غير تحقيق الكفر ولو قال كفرت بالله وقلبه مطمئن بالايمان لا تبين امرأته
ولو اكره على سب محمد صلى الله عليه وسلم فسب محمدا وخطر بباله محمد آخر ونواه
بانت منه امرأته قضاء وان لم يرد محمدا آخر تبين امرأته قضاء وديانة وان لم يخطر
بباله غير النبي صلى الله عليه وسلم وسب محمدا وقلبه مطمئن بالايمان لا تبين امرأته
لانه مكره والاكراه في هذه المسائل لوعيد الحبس والقيد لا يكون اكراها انتهى
واشار الى النوع الثالث بقوله وان اكره على اتلاف مال مسلم باحدهما اي بالقتل
او القطع رخص له لان مال الغير قد يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت
الضرورة هنا لانه اكرهه بالقتل او القطع وغلب على ظنه ذلك وان صبر وقتل كان
افضل لان اتلاف مال الغير حرام في نفسه لبقاء دليله فاذا صبر وقتل فقد بذل
نفسه لدفع الحرام كذا في شرح المجمع ولكن الظاهر من قاضيخان استواء الطرفين
حيث قال الاقدام على الاتلاف والامتناع عنه سواء والضمان على المكره على صيغة اسم
الفاعل لان المكره اسم مفعول آلة للمكره فيما يصلح آلة له واتلاف المال من هذا القبيل
لان المكره يمكنه ان يأخذ المكره ويلقيه على المال فيتلف بخلاف الاكل والتكلم والوطء
فان المكره لا يصلح آلة للمكره في هذه الاشياء فان الشخص لا يتكلم بلسان الغير ولا

يأكل

بفم الغير ولا يطأ بآلة الغير فالعهدة على الآكل والمتكلم والواطئ لا على المكره قلبها
واشار الى النوع الرابع بقوله او على قتله او قطع عضوه اى قتل مسلم او قطع عضوه
لا يرخص له ذلك حتى لو صبر فقتل يكون مأجورا وان قتل او قطع يكون آثما لانه قتل المسلم
بغير حق مما لا يباح بحال الضرورة ما فكذا بالاكراه ومن هذا القبيل انه لو اكره على الزنا
او اللواطة لا يسعه ان يفعل وان صبر وقتل كان مأجورا وان فعل كان آثما بخلاف
جانب المرأة فانها لو اكرهت على الزنا بالقتل او بالقطع وفعلت ذلك لا تأثم اذ ليس
فيها اضاعة الولد كذا فى الزيلعى فان فعل اى قتل مسلم او قطع عضوه فالقصاص على
المكره اسم فاعل فقط عند ابى ح ومحمد وعند ابى يوسف لا قصاص على احد
وقال الشافعى يجب القصاص على المكره والمكره جميعا وقال زفر لا يجب القصاص على المكره
لا على المكره على عكس قول ابى ح ومحمد ولزفر ان الفعل من المكره حقيقة لصدوره منه
بغير واسطة وحسا فانه معاين مشاهد او كذا شرعا لانه قرر عليه حكمه وهو الاثم
فيجب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير
لانه سقط حكمه وهو الاثم فيجب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع بخلاف
الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فلم مقررا عليه شرعا فجاز اضافته
الى غيره وبهذا يتمسك الشافعى فى جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا متمسكا
بوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب فى القتل حكم المباشرة عنده كما اذا شهدا على رجل
بالقتل العمد فاقتص المشهود عليه ثم جاء المشهود بقتله حيا فانه يقتل الشاهدان
عنده للتسبيب ولابى يوسف ان القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصار عليه والتعدى
الى غيره نظرا الى دليل زفر وابى ح ومحمد على ما سيأتى دليلهما لان تأثيمه الشارع
يدل على تقرر الحكم وتقصيره عليه وكونه محمولا على الفعل يدل على انه كالآلة والفعل
ينتقل عنه وكل ما كان كذلك شبهة والقصاص يندفع بها ولهما ان فعل المكره محمول
على القتل بطبعه ايثارا لحياته والمحمول على الفعل بالطبع آلة لان الآلة هى التى تعمل بالطبع
كالسيف فان طبعه القتل عند الاستعمال فى محله فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة

آلة له وهو القتل بان يلقيه المكره عليه والفعل يضاف الى الفاعل لا الى الآلة فان قيل لو كان
آلة لا ضيف الاثم الى المكره كالقتل اجيب بانه لا يصلح آلة له فى الجناية على دينه فبقى
الفعل فى حق الاثم مقصورا عليه كما نقول فى الاكراه على الاعتاق بان اعتاقه ينتقل
الى المكره من حيث اتلاف مالية العبد حتى وجبت عليه قيمة العبد ويقتصر من حيث
التكلم عليه فانه لو انتقل اليه من حيث التكلم ايضا لم يعتق العبد واذا ظهر
ان المكره آلة للمكره فى القتل ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ما اذا اصابته مخمصة
فقتل انسانا واكل لحمه حتى بقى حيا ايثار الحياته بطبعه فانه يجب عليه القصاص
وان كان مضطرا ايضا كالمكره لانه ليس ثمه من يكون آلة له فيضاف القتل الى نفسه
واعلم ان صاحب النهاية قال سواء كان هذا المكره الآمر بالغا عاقلا او معتوها او
صبيا فالقود على الآمر وعزاه الى المبسوط وقال فى العناية نقلا عن عبد العزيز انه
سهو والرواية فى المبسوط بفتح الراء فى المكره دون كسرها لان الصبى والمجنون ليس باهل
لوجوب القصاص عليه ثم اعلم ان ابا يوسف يقول ان هذا الاكراه صحيح ليس بباطل كما هو
كذلك عند زفر ولكنه يسقط القصاص عنهما لما ذكرناه ويجب على الآمر المكره دية المقتول
فى ماله فى ثلاث سنين ان لم يأذن فى قطعه فان اذن ومات فى الاذن لم تجب ديته
على احد ولو كان المقطوع مكرها فى الاذن ايضا لا يسقط الدية ثم هذا كله فى الاكراه الملجئ
واما لو اكره بوعيد حبس او قيد او ضرب فقتله لا يصح الاكراه فى قولهم جميعا ويجب
على القاتل القصاص بالاتفاق كذا فى قاضيخان ثم قال فيه ايضا السلطان اذا قال
لرجل اقطع يد فلان هذا والا قتلتك وسعه ان يقطع واذا قطع كان على الآمر القصاص
فى قول ابى ح ومحمد ولا رواية فيه عن ابى يوسف وهذا يخالف ما ذكره المص بقوله
او قطع عضوه لا يرخص وفى الحاوى ولو كان القاتل ذا رحم محرم من المقتول لم يحرم
ميراثه ولو اكره على ان يتردى اى على ان يلقى نفسه من جبل مرتفع ففعل المكره بان
ألقى نفسه فديته على عاقلة المكره اسم فاعل عند ابى ح لانه بمنزلة القتل بالمثقل وفيه كان
يجب الدية على العاقلة عنده فكذا هذا وعند ابى يوسف يجب الدية فى ماله اى فى مال

المكره الآمر في رواية وعند محمد يجب عليه القصاص على الآمر وهو رواية عن ابي يوسف
ايضا تفصيل هذه المسئلة على ما في قاضيخان لو قال السلطان لرجل الق نفسك في
هذه النار والا قتلتك ينظر ان كانت النار قد ينجو منها وقد لا ينجو وسعه ان يلقي
نفسه فيها فان القى فمات كان على الآمر القصاص في قول ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف
فيه روايتان في رواية يجب القصاص وفي رواية يجب الدية في ماله وان كانت بحيث لا ينجو
منها لكن له في الالقاء قليل راحة كان له ان يلقي فيها فان القى نفسه فيها فهلك
كان على الآمر القصاص في قول ابي حنيفة ومحمد وفي قول ابي يوسف يجب الدية في مال الآمر
لا القصاص ولا يغسل هذا الميت وان لم يكن في القاء النفس قليل راحة ولا ينجو منها
لا يسعه ان يلقي نفسه فان القى فهلك يهدر دمه في قولهم ولو قال السلطان
لرجل ليلقين نفسك من شاهق الجبل والا لاقتلنك فان لم يكن له في الالقاء ادنى راحة
لا يسعه الالقاء فان القى فهلك يهدر دمه وان كان له فيه ادنى راحة وسعه ان يلقي نفسه
في قياس قول ابي حنيفة فان القى نفسه فهلك فديته على عاقلة الآمر وفي قول صاحبيه يسعه
ان يلقي نفسه فان فعل وهلك كان على الآمر القصاص وهي فرع مسئلة القتل بالمثقل
عند ابي حنيفة ذلك لا يوجب القصاص وعندهما يوجب القصاص وفعل المأمور كفعل الآمر ولو
القاه الآمر لا يجب القصاص عند ابي حنيفة بل تجب الدية وعندهما يجب القصاص وعن ابي يوسف
في رواية اخرى على الآمر ديته في ماله وان كان يخاف منه الهلاك ويرجى النجاة فالقى
نفسه فهلك كانت الدية على عاقلة الآمر في قولهم لانه كقاتل الخطأ ولو قال السلطان
لرجل الق نفسك في هذا الماء والا قتلتك ان كان يعلم انه لا ينجو لا يسعه ان يفعل وان
فعل يهدر دمه وان كان له فيه ادنى راحة وسعه ذلك عند ابي حنيفة وعندهما لا يسعه
فان فعل وهلك كانت الدية على عاقلة الآمر في قول ابي حنيفة كما لو القاه الآمر بنفسه
وقال ابو يوسف ديته على الآمر في ماله ولا قصاص فيه وقال محمد عليه القصاص
وعن ابي يوسف في رواية مثل قول محمد انتهى ما في قاضيخان فاحفظه فانه ينفعك
فيما ذكره بقوله ولو اكره بقتل او قطع على تردٍّ من جبل عالٍ او اقتحام نار او ماء اي الالقاء

اي الالقاء فيهما وكل من هذه الافعال مهلكة فله الخيار في الاقدام والصبر عند ابي حنيفة
وقالا يلزمه الصبر لانه لو القى نفسه لكان مباشرا في اتلاف نفسه فوجب الصبر
ولابي حنيفة انه ابتلي ببليتين متساويتين في الافضاء الى الهلاك فيتخير هكذا ذكر هذه
المسئلة في المجمع وعلله في شرحه بما ذكرناه للطرفين وفيه بحث من وجهين
الاول انه مخالف لما ذكرنا من قاضيخان لان الظاهر منه ان كلا من هذه الافعال اي
التردي والاقتحام في النار وفي الماء ان كان مهلكا بان لا يرجى منه الخلاص فالصبر
واجب بالاتفاق ولا خيار له بين الاقدام والصبر نعم لو قال وكل مهلكة لكن له
في التردي والاقتحام ادنى راحة كما في قاضيخان لكان اولى لان هذه الافعال لو كانت
مهلكة بمعنى لا يرجى الخلاص ولا ادنى راحة ليس له الخيار بالاتفاق والثاني انه ذكر
كونه مخيرا بين الاقدام والصبر ثم ذكر الاختلاف في المذكور بعده من وجوب الدية
على عاقلة المكره عند ابي حنيفة وفي مال المكره عند ابي يوسف ووجوب القصاص عند
محمد لان هذا الخلاف جار بينهم في التردي والاقتحام في النار والماء بعد الاقدام
عليه ولو وقعت نار في سفينة ان صبر احترق وان القى نفسه غرق فله الخيار
عند الامام لما ذكرناه في المسئلة الاولى وعند محمد ومعه ابو يوسف يلزمه الثبات
لما ذكرناه ايضا وان اكره لما ذكر مما لا يصح تصرف المكره فيه اعني البيع والشراء والاجارة
والاقرار ونحوها شرع في بيان ما يصح تصرفه فيه اعني ما ذكره بقوله على طلاق او اعتاق
او توكيل بهما نفذ عندنا يعني لو اكره على طلاق امراته فطلق مكرها يقع طلاقه
عندنا وكذا لو اكره على اعتاق عبده فاعتق مكرها عتق عبده عندنا خلافا للشافعي
على ما تقدم دليل الطرفين في الطلاق والعتاق وكذا لو اكره على التوكيل بطلاق
امراته واعتاق عبده فوكل مكرها فطلق الوكيل امراته واعتق عبده نفذ طلاق
الوكيل واعتاقه استحسانا لا قياسا لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه وجه
الاستحسان ان الاكراه يؤثر في فساد العقد لا في بطلانه فكان كالشرط الفاسد والشروط
الفاسدة لا تؤثر في فساد الوكالة فكذا الاكراه فاذا لم تبطل الوكالة نفذ تصرف الوكيل

مطلب طلاق المكره وعتقه يصح

اما انه كالشرط الفاسد فلانه يعدم الرضاء فيفسد به الاختيار فصار كانه شرط شرطا
فاسدا واما ان الوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة فلانها من الاسقاطات لان الموكل اسقط
حقه بالتفويض والحاصل ان تصرفات المكره كلها منعقدة عندنا الا ان بعضها منعقدة بوصف
الصحة وبعضها منعقدة بوصف الفساد فما جعل الرضا فيها شرطا وهي التصرفات المالية من
البيع والشراء والاجارة ونحوها ينعقد بوصف الفساد لان الرضا شرط الصحة لا شرط الانعقاد
وما لا يكون الرضا فيه شرطا ينعقد بوصف الجواز كالطلاق والعتاق والتوكيل بهما وكذا
صح نكاحه ايضا قال محمد في الاصل ولو ان رجلا اكره بوعيد او بحبس او بقيد او بضرب
على ان يتزوج امرأة على عشرة الاف ومهر مثلها الف درهم كان النكاح جائزا ويكون
للمرأة من عشرة الاف مهر مثلها الف درهم ويبطل الفضل وهذا جواب ظاهر الرواية وذكر
الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره ان الزوج يلزمه جميع ذلك ويرجع بالفضل على من
اكره اما جواز النكاح اذا كان الاكراه بوعيد تلف فلان النكاح يصح مع الهزل فكذا مع الاكراه
كالطلاق والعتاق عندنا وان كان بقيد او بحبس او ضرب فلا يكون ذلك اكراها في حق
التزوج بل يكون النكاح طايعا او التسمية فاسدة فيلزم مهر المثل ولا يرجع الزوج
على المكره بشيء لعدم الاكراه منه بخلاف ما لو اكره على الاقرار بالطلاق او العتاق او النكاح
فاقر بذلك مكرها حيث لا يصح اقراره وكذا لو اكره على ان يزوج ابنته الصغيرة من غير
كفوها او باقل من مهر مثلها ففعل ذلك مكرها لا ينفذ نكاحه الا ان يبلغ مهر مثلها
ثم ينقلب صحيحا بخلاف غير الكفو فانه فاسد وان كانت المرأة بالغة فاكرهت هي ووليها
على النكاح ففعلا ان لم يكن الزوج كفوا كان للمرأة ان ترد وان رضيت المرأة كان للمولى
ان يرد وان كان النكاح باقل من مهر مثلها فللمرأة ان ترد في قول ابي ح خاصة وعند صاحبيه
ليس للولي حق الرد بعدم الكفاءة ليس له الرد بنقصان المهر كذا قاضيخان ثم ذكر فيه ايضا
اذا اكرهت المرأة لتقبل من زوجها تطليقة بالف فقبلت يقع طلقة رجعية ولا يلزمها
المال كالصغيرة او المجنونة اذا اختلعت من زوجها بمال يقع الطلاق ولا يلزمهما المال
ثم ينظر ان كان الخلع بلفظة الخلع يكون الطلاق باينا وان كان بلفظة الطلاق بعد الدخول

الدخول يكون رجعيا فلو ان المرأة اجازت الطلاق بعد ذلك بالمال الذي اكرهت عليه صح
اجازتها في قول ابي ح ويلزمها المال ويصير الطلاق باينا وفي قول محمد الاجازة باطلة
والطلاق رجعي وعن ابي يوسف فيه روايتان ويرجع المولى المكره بقيمة العبد
على المكره اسم فاعل لان اتلاف المال مضاف اليه سواء كان موسرا او معسرا لان
ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والعسار ثم لا يرجع هو على العبد عاصمه لانه هو
المواخذ باتلافه وكذا اي يرجع الزوج بنصف المهر على المكره لو كان الطلاق قبل
الدخول ولا رجوع عليه لو كان الطلاق بعده اي بعد الدخول اعلم ان المكره على الطلاق
اذا طلق زوجته فلا يخلو اما ان طلقها قبل الدخول والمهر مسمى او غير مسمى او بعد الدخول
فان كان قبل الدخول والمهر مسمى وجب على الزوج نصف المهر لان الطلاق قبل الدخول
يوجب سقوط نصف المهر ويرجع الزوج بذلك على المكره لانه اكد ما كان على شرف
السقوط بسبب الفرقة من جانب المرأة بتقبيلها ابن الزوج عن شهوة او ارتدادها
قبل الدخول فصار كان المكره الحامل اخذ من مال المكره المحمول ذلك القدر واتلفه
واما اذا كان الطلاق قبل الدخول والمهر غير مسمى وجب على الزوج المتعة لان المتعة
هي الواجبة بالنص في هذه الصورة ويرجع الزوج بما ضمن من المتعة على المكره واما
اذا كان الطلاق بعد الدخول فلا يرجع الزوج على المكره بشيء لان المهر اكد بالدخول
على وجه لا يسقط عنه بوجه ولم يوجب المكره عليه شيئا وانما اتلف ملك النكاح وملك
النكاح عند الخروج عن ملك الزوج ليس بمال فلا رجوع ثم اعلم ان رجوع المكره على المكره
وعدم رجوعه عليه مما لزمه من العهدة نذكرها مختصرا على ما في قاضيخان حيث قال
فيه واذا الزم المكره بمباشرة ما اكره عليه هل يرجع بذلك على المكره فهذا على نوعين
في نوع يرجع عليه وفي نوع لا يرجع اما الاول اذا اكره ليطلق امرأته قبل الدخول بها
فطلق يقع الطلاق ويرجع بنصف المهر على المكره ان كان المهر مسمى والا يرجع بالمتعة
وكذا لو اكره ليقر لفلان بمال فاقر واخذ فلان منه المال فغاب المقر له بحيث لا يقدر عليه
او مات مفلسا كان للمكره ان يرجع بذلك على المكره وكذا لو اكره ليقطع يد نفسه

مطلب رجوع المكره على المكره وعدم رجوعه

بقتل وقطع عضو ففعل كان للمكره ان يرجع على المكره بالدية فيما لا يجب فيه القصاص وبالقصاص فيما يجب فيه القصاص وكذا لو اكره على قتل عبده بقتل او غيره ففعل كان له ان يرجع على المكره بقيمة العبد ولا يرجع بذلك على العبد ولا سعاية على العبد اصلا وكذا لو اكره الرجل ان يهب عبده لفلان فوهب وسلم وغاب الموهوب له كان للواهب ان يرجع على المكره بقيمة العبد وكذلك في الصدقة والبيع واذا اكره على تدبير عبده ففعل صح التدبير ويرجع بنقصان التدبير على المكره في الحال فاذا مات المولى يعتق المدبر ويرجع ورثة المولى بثلثي قيمته مدبرا على المكره ايضا واما الثاني اعني ما لا يرجع المكره فيه بما غرم فكما اذا اكره على التزوج فتزوج ودخل بها يجب المهر على الزوج ولا يرجع به على المكره ثم طلق هذا الرجل امرأته يجب المهر عليه ايضا ولا يرجع به على المكره واذا اكره على البيع سلعته فباع بمثل قيمته لا يرجع به على المكره وكذا لو اكره على الهبة بعوض ففعل لا يرجع بعد قبض العوض الى اخر ما ذكره قاضيخان وصح يمين المكره لانه لا يحتمل الفسخ فيستوي فيه الجد والهزل والكره سواء كان اليمين على الطاعة او على المعصية والاصل فيه حديث حذيفة رضي الله تعالى عنه ان المشركين لما اخذوه واستحلفوه على ان لا ينصر رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة فحلف مكرها ثم اخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام اوف لهم بعهدهم ونحن نستعين بالله تعالى عليهم ونذره اي لو اكره على ان يوجب على نفسه صدقة او صوما او حجا او شيئا يتقرب به الى الله تعالى ففعل لزمه ذلك لان النذر لا يحتمل الفسخ كاليمين ويستوي فيه الجد والهزل والكره فلا يؤثر فيه الاكراه ولا يرجع المكره على المكره بما لزمه اذ لا مطالب له في الدنيا وظهاره لانه من باب التحريم فاشبه اليمين ولان الظهار في معنى الطلاق وقد كان طلاقا في الجاهلية فلا يؤثر فيه الاكراه مثل الطلاق واليمين فصح ظهاره ولا يرجع المكره على المكره بما غرم بسبب ذلك اي الكره وصح رجعته اي اكره على مراجعة امرأته المطلقة بطلاق رجعي فيراجعها صح لان الرجعة تصح مع الهزل فكذا مع الاكراه لان كل ما يصح مع الهزل يصح مع الاكراه ايضا لعدم شرط الرضاء فيه وصح ايلاؤه وفيئته فيه اي في مدة الايلاء يعني اكره على الايلاء فالى صار موليا لان الايلاء يمين في الحال طلاق في المآل والاكراه

والاكراه لا يمنع تحقق اليمين والطلاق كما تقدم فان تركها اربعة اشهر بانت منه والفيء فيه كالرجعة في الاستدامة فلا يؤثر فيه الاكراه كما في الرجعة وليس له ان يرجع على المكره لانه كان متمكنا من الفيء في المدة وليس بمضطر وكذا صح خلعه لانه طلاق او يمين من جانب الزوج على ما تقدم في الخلع والاكراه لا يؤثر في كل منهما وصح اسلامه لكن لا قتل فيه لو ارتد يعني اسلم مكرها ثم ارتد لا يقتل لتمكن الشبهة في اسلامه ولا يصح ابراؤه مديونه او كفيله ولا صلحه لان في الابراء الصحيح معنى التمليك والتمليك لا يصح مع الاكراه لتوقفه على الرضاء والاكراه ينافيه ولا ردته لان الكفر يتعلق بالاعتقاد لانه تبديل الاعتقاد عن الحق الى الباطل فاذا كان قلبه مطمئنا بالايمان حين اجرى الكفر على لسانه رخص له ذلك ولم يحكم بكفره واذا لم يكفر فلا تبين بها اي بالردة مكرها امرأته لان البينونة دائرة على اختلاف الدين وذلك بتبديل الاعتقاد ولم يوجد ذلك منه فان ادعت المرأة تحقق ما اظهره من الكفر بان قالت اعتقدت بقلبك الكفر حين اجريت على لسانك كلمة الكفر بالاكراه وادعى الزوج ان قلبه مطمئن بالايمان صدق الزوج لان الظاهر يشهد له والقول لمن يشهد الظاهر له وهذا استحسان والقياس ان يكون القول للمرأة لان الكفر سبب البينونة كالطلاق ففي الطلاق يستوي الطايع والمكره ولو اكره على الزنا ففعل حد ما لم يكرهه سلطان عند ابي ح لان لا يوجد الاكراه عن غير السلطان وكان ابو ح قال اولا لا حد ثم رجع وقال عليه حد الا ان يكرهه السلطان وعندهما لا حد عليه وبه يفتى بناء على ان الاكراه يوجد عندهما عن غير السلطان ايضا وقد تقدم انهم قالوا ان هذا اختلاف عصر لا اختلاف برهان

كتاب الحجر

اورد الحجر عقيب الاكراه لان كلا منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب اختياره الا ان الاكراه لما كان اقوى تاثيرا لان فيه سلبها عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة كان احق بالتقديم الحجر في اللغة المنع مطلقا وفي عرف الفقهاء هو منع نفاذ تصرف قولي عن شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون والحق بها المغني الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس بالاتفاق وسيصرح به في الكتاب قيده بقوله قولي

مطلب لا يصح ابراء المكره وصلحه وردته

مطلب يجب الضمان على الصبي والمجنون اذا اتلفا مالا

لان الحجر لا يتصور في الافعال لانه حسي لا يمكن رده بعد ما وقع حتى اذا اتلف الصبي مالا يجب
عليه الضمان وكذا المجنون ولا يمكن الرد عنه بخلاف القول فان نفوذه حكمي لا حسي فيتصور
رده بعد الوقوع فكذا قبل الوقوع واسبابه الصغر والجنون والرق واعلم ان
التصرفات الشرعية على ثلاثة انواع منها ما تردد بين النفع والضر كالبيع والشراء ومنها
ما يتمحض ضررا كالطلاق والعتاق ومنها ما يتمحض نفعا كقبول الهدية والصدقة
والهبة فالمعاني الثلاثة يوجب الحجر في النوع الاول اي التوقف على الاذن من الولي ويوجب
الابطال من الاصل في النوع الثاني ولا يوجب شيئا من الحجر والابطال على ما سيظهر لك
فلا يصح تصرف صبي لعدم عقله او لنقصان عقله واهلية التصرف انما هي بالعقل
الكامل لكن ينجبر هذا النقصان باذن وليه فيصح تصرفه او عبد لانه وان كان
له اهلية التصرف بالعقل الكامل والرق ليس بسبب الحجر في الحقيقة لانه مكلف محتاج
كامل الراي من بني آدم كالحرائر لكنه جعله الشرع سببا للحجر وحجر عليه لرعاية حق المولى
كيلا يتعطل منافع عبده وهو حقه فانه لو لم يثبت الحجر لنفذ بيعه وشراؤه فيلحقه
ديون كثيرة فيأخذ ارباب الديون اكسابه التي هي منفعة المولى وذلك تعطيل لها
عنه وكيلا تملك رقبته بتعلق الدين بها اذا لم يكن له كسب بلا اذن ولي والمراد
بالولي هنا هو القاضي ومن له ولاية التجارة في مال الصغير كالاب والجد والوصي فلا يجوز
باذن الام والاخ والعم كذا في شرح المجمع او سيد لانه اذا اذن الولي للصغير ينجبر بالاذن
نقصان الفعل فيلتحق بالبالغ العاقل والمولى اذا اذن عبده فقد رضي بفوات حقه
فيجوز ولا تصرف المجنون المغلوب اي المختلط عقله بحيث يمنع جريان الافعال والاقوال
على نهج العقل الا نادرا فان تصرفه لا يجوز بحال اي حال اذن الولي او السيد وحال عدمه
لعدم اهليته اصلا بخلاف المجنون الغير المغلوب وهو الذي يعقل البيع ويقصده الا انه
ربما يختلط كلامه ويقل فهمه ولا يضرب ولا يشتم فان تصرفه صحيح بحال اجازة الولي
او السيد ومن عقد منهم اي من هؤلاء المحجورين من قبيل ذكر الجمع وارادة التثنية
كما في قوله تع فقد صغت قلوبكما لان المراد به الصبي والعبد لا المجنون المغلوب ولو اريد

ولو اريد المجنون الغير المغلوب معهما لكان الجمع على ظاهره وهو يعقله اي يعقل العقد
بان البيع سالب والشراء جالب ولو عطف على قوله يعقله قوله ويقصده على ما وقع
في الهداية لكان اولى ليحترز به عن الهازل والخاطئ فانهما لا يقصدان العقد وان كانا
يعقلانه فوليه مخير بين ان يجيزه او يفسخه فان راى فيه مصلحة للصبي اجازه والا
فسخه وكذا السيد ان راى فيه مصلحة لنفسه اجازه والا فسخه لان التوقف في تصرف
العبد كان لحق المولى وفي الصغير لحق الصغير نظرا له فكذا المصلحة المرئية كانت
بالنسبة اليهما فان قيل التوقف على الاذن مستقيم في بيعهما اما ذكروا اما في شرائهما
فلا يستقيم لان الاصل في الشراء ان يوجد نفاذا على المباشر كما في شراء الفضولي فان
الفضولي اذا اشترى مالا لانسان لاخر ينفذ عليه بلا توقف اجيب بان عدم التوقف
انما يكون اذا وجد على المباشر نفاذا ابتداء كما في شراء الفضولي فانه وجد نفاذا عليه لثبوت
اهليته وفيما نحن فيه لم يوجد نفاذا على المباشر اعني الصبي والعبد المحجورين لعدم الاهلية

مطلب اتلاف الصغير والمجنون والمرقوق شيئا يوجب الضمان

ومن اتلف منهم شيئا فعليه ضمانه لان كلا من الصغر والرق والجنون لا توجب الحجر
عن الافعال لان الافعال لا مرد لها حتى انه لو انقلب على قارورة انسان فكسرها وجب عليه
الضمان في الحال مع انه لا قصد له فيه وكذا الحائط المائل لو تلف به شيء بعد الاشهاد
عليه يضمن صاحبه وان عدم القصد من صاحبه في سقوطه فكذلك الصغير والمجنون
اذا اتلفا شيئا لزمهما الضمان في الحال مع عدم القصد لان الافعال توجد حسا
ومشاهدة ويحصل بها الاتلاف وبعد الحصول لا يمكن ان يجعل كلا اتلاف فانعقد الاتلاف
موجبا للضمان وان عدم القصد لانه ليس من شرطه بخلاف الاقوال لان اعتبارها
حال كونها موجودة حاصل بالشرع والقصد من شرط ذلك الاعتبار وليس للصبي والمجنون
قصد فينتفي المشروط به ايضا واما في العبد فالقصد وان وجد منه لكنه غير معتبر
شرعا للزوم الضرر على المولى بغير اختياره فان قيل الاقوال موجودة ايضا حسا ومشاهدة
فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرعا بالقصد دون الافعال فالجواب عنه بوجهين
احدهما ان الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولها بل هي دوال عليها

ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن ان يجعل القول الموجود بمنزلة المعدوم فلا بد له
من اشتراط القصد بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن ان
يجعل غير موجودة فلا حاجة الى اشتراط القصد والثاني ان القول قد يقع صدقا وقد
يقع كذبا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد حتى يتميز بينهما الا ترى ان القول من الحر العاقل
البالغ اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الافعال فانها حيث
وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها والحاصل ان الافعال مطلقا لا مرد لها ويترتب
عليها اثارها بلا اشتراط قصد فانعقد افعال الصغير والرقيق والمجنون موجبا للضمان
وان لم يكن لهم قصد معتبر الا اذا كان فعل الصبي والمجنون فعلا يتعلق به حكم يندرئ
بالشبهات كالحدود والقصاص حيث يجعل فيه عدم القصد شبهة دارئة لما يترتب عليه
من الحد والقصاص ولذا لم يقتص الصبي والمجنون والا اذا اتلف الصغير ما استقرضه فانه
لا يضمنه على ما صرح به في شرح المجمع نقلا عن الخانية حيث قال اذا استقرض الصبي
مالا فاتلفه لا يؤاخذ به في الحال ولا بعد البلوغ لانه ليس من اهل الالتزام ولا يصح طلاق
الصبي والمجنون المغلوب عقله ولا اعتاقهما ولا اقرارهما اي يبطل هذه التصرفات منهما
اصلا بخلاف البيع والشراء فانهما لا يبطلان منهما من الاصل بل ينعقدان عنهما ويتوقف
على الاذن كما تقدم والاصل ههنا ما رواه الترمذي مرفوعا عن ابي هريرة كل طلاق واقع
الا طلاق الصبي والمعتوه والاعتاق يتمحض ضررا لا محالة فيبطل منهما والطلاق وان
امكن ان يتردد بين النفع والضرر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له
على المصلحة في الطلاق بحال لا في الحال لعدم الشهوة ولا في المال لان علم المصلحة فيه يتوقف على
العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغ حد الشهوة ولا علم له بذلك والولي
وان امكن ان يقف على مصلحته في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغ
حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف البيع والشراء
كما تقدم واقرارهما يتمحض ضررا فلا يصح وصح طلاق العبد واقراره في حق نفسه
اما طلاقه فلانه مكلف يتصرف في خالص حقه وليس فيه ابطال حق المولى فصح

مطلب لا يجوز طلاق الصبي والمجنون

فصح كتصرف سائر الاحرار واما اقراره فلانه اهل له لكونه مكلفا الا في حق سيده لانه
اقرار على الغير فلا يصح لان اقرار الانسان على الغير لا يصح الا اذا كان له ولاية عليه ولا ولاية
للعبد على سيده فلو اقر بمال لزمه بعد عتقه لان المانع من المطالبة في الحال حق المولى
وقد زال بعد عتقه فيؤاخذ به وان اقر على نفسه بحد وقود اي قصاص لزمه في الحال
ولا يتاخر الى ما بعد الموت وقال زفر لا يصح اقراره بهما اذا كان محجورا عليه لانه لو صح يلزم منه
اتلاف مال المولى فلا يصح كما لو اقر بدين ولنا ان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الحد
والقصاص لانهما من خواص الانسانية وهو ليس بمملوك من حيث انه آدمي وان كان
مملوكا من حيث انه مال ولهذا لا يصح اقرار المولى بهما عليه ولا يملك سفك دمه فاذا
بقي على اصل الحرية فيهما ينفذ اقراره بهما لانه اقر بما هو حقه وبطلان حق المولى ضمني
فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم لا يملك العبد شيئا الا الطلاق يقتضي انه لا يملك الاقرار
بالحدود والقصاص قلنا لما بقي على اصل الحرية في حقهما يكون من قبيل اقرار الحر لا من قبيل
اقرار العبد ولا يحجر على السفيه السفه في اللغة خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل
بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل ثم غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال
واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع واليه اشار بقوله وان وصلية كان
مبذرا اي متلفا ماله لا لغرض او لغرض لا يعده العقلاء من اهل الديانة غرضا كشراء
الحمام الطيار بثمن غال ونحوه ومن بلغ غير رشيد لا يسلم اليه ماله ما لم يبلغ سنه
خمسا وعشرين سنة فاذا بلغها دفع اليه ماله وان وصلية لم يؤنس رشده
وان تصرف فيه اي في ماله قبل ذلك اي قبل بلوغه الى خمس وعشرين سنة بعد
ان بلغ نفذ تصرفه هذا كله عند ابح وعندهما والشافعي معهما يحجر على
السفيه ولا يدفع اليه بعد بلوغه ماله ما لم يؤنس رشده وان بلغ الى خمس
وعشرين فصاعدا ولا يصح تصرفه فيه واعلم ان الخلاف ههنا في مسئلتين
احدهما في ان السفيه هل يحجر ام لا والثاني في ان الصبي اذا بلغ غير رشيد هل يسلم
اليه ماله ام لا اما الاول فقال ابو ح لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه

ونصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا يتلف ماله فيما لا مصلحة فيه كالالقا في البحر
او الاحراق بالنار ونحوهما وقال ابو يوسف ومحمد يحجر على السفيه ويمنع عن التصرف
في ماله في تصرفات تتصل بماله ولا يصح مع الهزل والاكراه كالبيع والاجارة والهبة
والصدقة والاقرار بالمال ولا يحجر في تصرفات لا تتصل بماله كالاقرار بالحدود والقصاص
ولا في تصرفات تتصل بماله كالاقرار بالحدود والقصاص ولا في تصرفات تتصل بماله لكنها
تصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعتاق فان الحجر لا يؤثر في هذه التصرفات عندهما
ايضا وقال الشافعي يحجر عليه نظرا له كالصبي فانه يمنع عن التصرف في ماله نظرا
له فكذا السفيه لانه محل نظر له كالصبي بل هو منه لان الثابت في حق الصبي احتمال
التبذير وفي حق السفيه حقيقة التبذير ويدل عليه انه منع منه ماله وظاهر ان منع ماله
منه لا يفيد بدون الحجر لانه قد يتلف بلسانه ما منع من يده فلا بد من الحجر عليه حتى
يفيد منع ماله منه ولابي ح انه حر مكلف عاقل مخاطب وكل من هو كذلك لا يحجر عليه
كالرشيد كيف وان في سلب ولايته اهدار ادميته والحاقه بالبهايم وهو اشد
ضررا من التبذير ولا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على
المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع الاعلى
باختيار الادنى بخلاف منع ماله عنه لان منع ماله عنه انما هو بطريق العقوبة عليه
ليكون زجرا له عن التبذير والحجر ابلغ منه في العقوبة لما فيه من سلب ولايته واهدار
ادميته فلا يقاس على منع ماله لانه قياس مع الفارق ولا على الصبي ايضا لان الصبي عاجز
عن النظر لنفسه والسفيه قادر عليه نظر له الشارع مرة باعطاء آلة القدرة وهو العقل
والجري بخلافه فانما هو سوء اختياره فكان قياسا مع الفارق ايضا لانه قياس القادر
على العاجز واما منع ماله عنه بدون الحجر فمفيد لان غالب السفه انما يكون في الهبات
والصدقات وذلك يقف على اليد فاذا لم يكن في يده شيء يمتنع عن ذلك وان فعل بدون
شيء من المال في يده لم يعد فكان المنع بلا حجر مفيدا واذا عرفت هذا فاعلم ان قاضيا لو
حجر على سفيه بناء على رايه ثم دفع حكمه الى قاض آخر فابطل حجره بناء على رايه

رايه ايضا واطلق جاز اطلاقه وكذا تصرف السفيه وكان الواجب ان لا يجوز اطلاقه
لان قضاءه لاقى فصلا مجتهدا فيه ونقضه باطل وانما جاز ذلك لان الحجر من القاضي
الاول فتوى منه لا قضاء لان القضاء لفصل الخصومة بين المتخاصمين بالقضاء لاحدهما
على الاخر ولم يوجد ذلك اذ ليس هنا مقتضيا له سلمنا وجود المقضي له على احتمال
ان يجعل السفيه مقضيا له من حيث ان الحجر نظر له لكن نفس هذا القضاء مختلف
فيه فان ابا ح لم يقل به فلا بد من الامضا حتى يلزم لان الاختلاف اذا وقع في نفس القضاء
لا يلزم ولا يصير مجمعا عليه اذ لو كان الاختلاف موجودا قبل القضاء يتاكد احد القولين
بالقضاء فلا ينقض بعد ذلك واما اذا كان الاختلاف في نفس القضاء فلا بد من قضاء قاض
آخر ليصير مجمعا عليه هذا تفصيل ما ذكره في الهداية واعترض بان الاختلاف هنا موجود
قبل القضاء فان محمدا يرى حجره بنفس السفه ولا ينفذ تصرفاته اصلا فيصير به القضاء على
هذا التقدير قضاء بقول محمد فيتاكد قوله بالقضاء بخلاف القضاء على الغائب فان
الاختلاف فيه في نفس القضاء هل يجوز ام لا فعندنا لا ينفذ وعند الشافعي يجوز فيحصل
الاختلاف بالقضاء فلا يرتفع حتى يحكم بجواز هذا القضاء واما الثاني فقال ابو ح
اذا بلغ الغلام سفيها غير رشيد منع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة وتصرفاته
قبل ذلك نافذة لانه لا يحجر عنده كما تقدم في المسئلة الاولى فاذا بلغ ذلك السن
سلم اليه ماله وان لم يونس الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله حتى يونس رشده
ولا يجوز تصرفه في ماله لان علة المنع السفه فيبقى الحكم ببقاء علته كالصبا ولابي ح
ان منع المال عنه بطريق التأديب ولا تاديب بعد خمس وعشرين سنة ظاهرا وغالبا
لانه في هذه المدة يصير جدا باعتبار اقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنى عشر سنة
واقل مدة الحمل وهو ستة اشهر واذا لم يبق قابلا للتاديب لا فائدة في المنع فلزم
الدفع ولان المنع بعد البلوغ اذا لم يونس رشده باعتبار اثر الصبا لان العادة
وجدانه في اوائل البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقدر ذلك بخمس وعشرين
سنة ولهذا قال ابو ح ان بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع عنه المال لانه ليس

باثر الصبا فان باع تفريع على قول الامامين لا ينفذ بيعه لانه محجور عليه وبيع المحجور عليه
لا ينفذ بل يكون موقوفا على المصلحة وان وجد فيه مصلحة بان كان بمثل القيمة او كان
البيع رابحا وكان الثمن باقيا في يده اجازه اي بيعه الحاكم لما فيه من المصلحة وان كان
الثمن اقل من مثل القيمة او كان البيع خاسرا لم يجيزه الحاكم لما فيه من الضرر له والقاضي
نصب ناظرا فيتحرى المصلحة فيه ولذا توقف البيع على اجازته ولو باع قبل حجر القاضي
جاز عند ابي يوسف لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين الضرر وهو اهدار آدميته
وبين النظر له في ابقاء المبيع على ملكه كما كان فلا بد من مرجح وهو القضاء فاذا لم يوجد لم يكن
محجورا فيجوز بيعه وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة عنده هو السفه
بمنزلة الصبا وهو موجود قبل القضاء فيترتب عليه حكمه وهو الحجر وبيع المحجور لا يجوز
وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها عند ابي يوسف لا يصير محجورا حتى يقضي
القاضي وعند محمد يصير محجورا بمجرد السفه وان اعتق بعد الحجر نفذ عتقه عندهما
وكذلك عند ابي ح اما عندهما فلما ذكرنا ان السفيه لا يحجر في تصرفات تصح مع الهزل واما عنده
فلما تقدم ايضا انه لا حجر على السفيه مطلقا عنده وقال الشافعي لا ينفذ عتقه ويسعى
العبد في قيمته عند محمد وهو قول ابي يوسف الاول لان الحجر على السفيه كالحجر على المريض
فانه لاجل النظر لغرمائه وورثته ثم هناك اذا اعتق عبدا وجبت عليه السعاية للغرماء
في قيمته او لورثته في ثلثي قيمته ان لم يكن عليه دين ولا مال له غيره لان الرد واجب بمعنى النظر
وتعذر رد عينه فيرد قيمته معنى بايجاب السعاية فكذا هنا وفي قول ابي يوسف الاخير
وهو رواية عن محمد ليس عليه سعاية لانه لو سعى لسعى لمعتقه والمعتق لا تلزمه السعاية
لحق معتقه محال وانما تجب عليه السعاية لاجل غيره وان دبر صح تدبيره لانه يوجب حق
العتق فيعتبر بحقيقة العتق الا انه لا تجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه
فان مات المولى قبل رشده سعى العبد في قيمته مدبرا لانه بموت المولى عتق وهو مدبر
والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبرا الا يرى ان مصلحا لو دبر عبده في
صحته ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته فعلى العبد ان يسعى في قيمته مدبرا للغرمائه قيل

قيل ينبغي ان يسعى في قيمته قنا لان العتق حصل بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة يوجب
السعاية قنا كما لو اعتقه واجيب بان الاصل ان المعلق بالشرط ليس بسبب قبله الا
انه جعل ههنا سببا قبله ضرورة فلا يظهر سببه في ايجاب السعاية عليه قنا وانما
يظهر في حق المنع عن البيع وتعلق العتق بموته لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها
قيل سلمنا ذلك لكن يجب ان يسعى في ثلثي قيمته لان التدبير وصية وفيها يسعى العبد
كذلك واجيب بانه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير الا ترى ان الرجوع
في الرجوع في الوصية صحيح دون التدبير ولو ولدت جاريته فادعاه يثبت نسبه
منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لاحتياجه الى ذلك لابقاء نسله وابقاؤه
من الحوائج الاصلية لحياة ذكر الانسان ببقاء الولد بعد موته فالحق السفيه
بالمصلح في حق الاستيلاد فان مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرة لا سبيل
عليها لاحد وان مات مديونا وان لم يعلم لها ولد منه وقال هذه ام ولدي كانت
بمنزلة ام الولد لان الدعوة ح كانت دعوة تحرير فلا يقدر على بيعها وان مات سعت
في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد فصار كانه قال
انت حرة فيمتنع بيعها وتسعى في قيمتها بعد موته بخلاف الفصل الاول لان الولد
شاهد لها في ابطال حق الغير فكذا في دفع حكم الحجر عن تصرفه كذا في العناية ويصح
تزوجه لان النكاح مما لا يبطل بالهزل فكذا بالحجر ولانه من حوائجه الاصلية لبقاء
نسله بمهر المثل اما المهر فلانه من ضرورات النكاح واما المثل فلانه لا ضرورة في
الزيادة عليه وانما الزم بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة واليه اشار بقوله
وان سمى اكثر بطلت الزيادة على مهر المثل لعدم النظر له فيها اشار بالبطلان
الى ان الزيادة غير معتبرة ههنا اصلا لا في جميع المال ولا في الثلث بخلاف المريض الذي
تزوج في مرض موته باكثر من مهر مثلها فان الزيادة فيها على مهر مثلها غير معتبر
من جميع ماله بل يعتبر من الثلث فان خرج من الثلث اخذتها المراة والا فلا ولو طلقها
قبل الدخول وجب لها نصف المهر في ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر مثلها

قال في قاضيخان والمرأة المحجورة بمنزلة الرجل المحجور فان زوجت المحجورة نفسها من رجل
كفو يجوز نكاحها فان قصرت عن مهر مثلها قال ابوح يخير الزوج ان شاء كمل مهر مثلها
وان شاء فارقها وقالا يجوز النكاح بما زوجت ولا يخير الزوج ولو ان المحجورة بعد ما زوجت
نفسها اختلعت من زوجها على مال يقع الطلاق ولا يلزمها المال لانها لا تملك التزام المال
بدلا عما ليس بمال وبضعها ليس بمال عند الخروج وهل يكون هذا الطلاق بائنا او رجعيا
ذكر في الكتاب انه يكون رجعيا لانه طلاق لا يقابله البدل اصلا فيكون رجعيا وهي كالصغيرة
اذا اختلعت من زوجها على مال يكون رجعيا بخلاف الامة اذا كانت تحت زوج فاختلعت
على مال فان الطلاق يكون بائنا لانها من اهل الالتزام فان فعلت ذلك باذن المولى يجب المال
في الحال وان كان بغير اذن المولى كان عليها المال بعد العتق والطلاق ببدل يكون بائنا
حتى لو كانت الامة مفسدة محجورة فاختلعت نفسها على مال يكون الطلاق رجعيا
لا يجب عليه المال لا في الحال ولا بعد العتق وتخرج زكوة مال السفيه لانها واجبة عليه فلا
يسقط بالسفه وينفق منه اي من ماله عليه اي على السفيه وعلى من تلزمه اي
السفيه نفقته من اولاده وزوجته وذوي ارحامه لان احياء نفسه واولاده وزوجته
من حوائجه الاصلية فيصرف من ماله والانفاق على ذوي ارحامه الذين لزمت نفقتهم
عليه واجب عليه لحق القرابة والاصل ههنا ان ما وجب عليه من امر اوجبه الله تعالى كالزكوة
وحجة الاسلام او كان من حقوق الناس كنفقة من تجب عليه نفقته فالسفيه
والمصلح فيه سواء لانه مخاطب وبالسفه لا يستحق النظر في اسقاط شيء من حقوق
الشرع عنه ولا من حقوق الناس فلا يسقط شيء من هذه الحقوق بالسفه لكن
لا يسمع قوله في القرابة حتى يقيم البينة عليها ولا في عسرة القريب لان اقراره بذلك
بمنزلة الاقرار بالدين على نفسه فلا يلزم اقراره شيئا الا في الولد فان الزوجين اذا تصادقا
على النسب قبل قولهما لان كل واحد منهما في تصديق الاخر يقر على نفسه بالنسب والسفه
لا يؤثر في منع الاقرار بالنسب لكونه من حوائجه لكن لا بد من اثبات عسرة المقر له لما ذكرناه
والاقرار بالزوجية صحيح ويجب مهر المثل والنفقة بخلاف ما اذا اوجب على نفسه شيئا

مطلب يفرض الزكوة على السفيه

شيئا باليمين او النذر او الظهار حيث لا يلزمه المال بل يكفر ليمينه وظهاره بصوم لكل
حنث ثلاثة ايام متتابعات وعن ظهار شهرين متتابعين وان كان مالكا للمال وقت
التكفير ويدفع القاضي قدر الزكوة اليه اي الى السفيه ليؤدي بنفسه لان الواجب
عليه الايفاء وهو عبارة عن فعل يفعله هو عبادة مع النية ويوكل عليه اي على السفيه
اي يدفع القاضي معه امينا الى ان يؤديها كيلا يصرفها الى غير المصرف ويسلم القاضي النفقة
المفروضة الى امينه ليصرفها الى مستحقها لانه لا يحتاج فيها الى النية فاكتفي فيها بفعل
الامين بخلاف الزكوة فانها تحتاج الى النية فلا يكتفي فيها بفعل الامين بل يفعلها السفيه
بنفسه فان اراد حجة الاسلام اي الفرض لا يمنع منها لانه واجب عليها بايجاب الله تعالى
والسفه لا يؤثر في اسقاط ما اوجبه الله تعالى ولا من عمرة واحدة استحسانا لاختلافهم
في وجوبها فيتمكن فيها احتياطا بخلاف ما زاد على الحج الواحد والعمرة الواحدة من الحج
وتدفع نفقته اي نفقة السفيه في طريق الحج الى ثقة ينفق عليه في الطريق لا اليه كيلا
يبذر ولا يسرف ويصح منه اي من السفيه الوصية بالقرب اي ما يتقرب به الى الله تعالى
وابواب الخير من الثلث لان نظره في ثلث ماله لانها حالة الانقطاع عن ماله ويحجر
على المفتي الماجن اي من يعلم الناس الحيل او يفتي عن جهل وهذا لانه يفسد على الناس
دينهم ففي منعه دفع الضرر العام والطبيب الجاهل لان فيه افساد ابدان الناس
ففي منعه دفع الضرر العام ايضا وهل يضمنان التلف بعلاجه ففي الفتاوى رمدت
عين رجل فعالجها بامره طبيب فزال منفعة عينه بالكلية فان ثبت انه طبيب حاذق
في الطب وانه عالجه على المعتاد لا ضمان عليه وان ثبت انه طبيب جاهل عالجه على خلاف
المعتاد ضمن له دية عينه والاصل ههنا ان الطبيب والجراح والفصاد والحجام ليس عليهم
ضمان السراية اذا لم يعالجوا ولم يقطعوا زيادة على قدر المعتاد المعهود الماذون
فيه فان شرط على هؤلاء العقل السليم دون الشاري فالشرط فاسد لانه ليس في
وسعهم ذلك كذا في ضمانات العمادية والفصولين والمكاري المفلس فانه يتلف اموال
الناس فانه مات حمولته في المفازة وليس له حمولة اخرى ولا يمكنه شراء اخرى ولا استيجارها

مطلب يمنع المفتي الجاهل والطبيب الجاهل

فيؤدي الى اتلاف اموال الناس فيلزم منعه اتفاقا قيد للثلاثة ولا يحجر على فاسق الفسق
الاصلي والطارئ فيه سواء هذا قول الامامين من علمائنا وقال الشافعي يحجر على الفاسق
ومبنى الخلاف على انه يحجر عنده للزجر والعقوبة والفاسق مستحق لذلك فيحجر عليه وان كان
مصلحا لماله وعندهما الحجر للنظر على المحجور عليه في ماله فاذا كان مصلحا لماله لم يبق عليه
حجر ومغفل اي من يغبن في التجارات اذا كان كل من الفاسق والمغفل مصلحا لماله لما
ذكرناه ان الحجر للنظر له فاذا كان مصلحا لماله لم يبق عليه حجر ولا مديون بسبب دينه
ولو طلب غرماؤه الحجر عليه وهذا عند ابي ح لان في الحجر اهدار اهليته والحاقه بالبهائم
وهو ضرر فوق ضرر الدين فلا يختار الا على لدفع الادنى ولا يبيع القاضي ماله اي مال المديون
فيه اي في دينه بل يحبسه ابدا حتى يبيعه هو بنفسه لان الدين واجب عليه والمماطلة
ظلم فيحبسه القاضي دفعا للظلمة وايصالا للحق الى مستحقه لانه نصب ناظرا ولا يكون
ذلك اكراها على البيع لان المقصود من ذلك الحمل على قضاء الدين باي طريق كان ان
شاء يبيع ماله وان شاء بسبب اخر بخلاف ما اذا باع القاضي ماله فانه حجر عليه وقال
ابو يوسف القاضي ينصب وكيلا ويحكم كما في قاضيخان حيث قال رجل عليه دين ثبت
باقراره او ببينة قامت عليه عند القاضي فغاب المطلوب قبل الحكم وامتنع عن الحضور
قال ابو يوسف ينصب القاضي عنه وكيلا ويحكم عليه بالمال اذا سال الخصم ذلك انتهى
فان كان ماله من جنس دينه اداه الحاكم منه اي بلا امر له لان للغرماء حق الاخذ
من جنس حقهم بلا رضاه فكذا للقاضي ويبيع القاضي احد النقدين بالاخر اي يبيع
الدنانير لدراهم دينه استحسانا لاتحادهما في الثمنية والنقدية وعندهما يحجر عليه
اي على المديون ان طلب غرماؤه الحجر عليه ويمنع القاضي المديون من التصرف في ماله
نظرا للغرماء والاقرار بما ذكرناه ويبيع الحاكم ماله ان امتنع المديون عن البيع
بنفسه ويقسمه اي الثمن بين غرمائه بالحصص ايصالا للحق الى مستحقه وان
اقر المديون بمال او دين لانسان حال حجره لزمه اي لزم ما اقر به بعد قضاء ديونه
لان المديون لما حجر للغرماء تعلق حقهم بما في يده فلا يملك ابطاله بالاقرار لغيرهم

لغيرهم بعد هذا لكن ينفذ اقراره على نفسه فلزمه بعد قضاء حق الغرماء لا في الحال
لما ذكرناه وينفق من مال المفلس عليه اي على المديون المفلس المحجور من ماله وعلى من
تلزمه نفقته من اولاده وزوجته وذوي ارحامه لما ذكرناه في السفيه والفتوى
على قولهما في بيع ماله اي مال المديون المحجور من ماله لامتناعه عن بيعه وتباع
النقود ثم العروض يعني تباع احد النقدين بالاخر ولا للدين لانه اقرب الى الدين
فان فضل شيء من الدين باع العروض ثم العقار ويترك له دست من ثياب بدنه
قال في المصباح الدست من الثياب ما يلبسه الانسان ويكفيه لتردده في حوائجه
وقيل دستان لانه اذا غسل ثوبه لا بد له من ملبس يعني يترك له دست او دستان
فيباع الباقي للدين ومن افلس وعنده متاع رجل شراه منه فرب المتاع اسوة
الغرماء فيه يعني يشارك البايع سائر الغرماء في قيمة المتاع لما اخرجه الدارقطني
مرفوعا ايما رجل باع سلعة فادركها عند رجل قد افلس فهو ماله بين غرمائه
خلافا للشافعي فانه قال البايع اولى وهو محجوج عليه بما روينا بخلاف المرتهن
فانه احق بالرهن في قدر دينه والزائد للغرماء **فصل** في بيان حد البلوغ
وهو تارة يكون بالعلامة وتارة يكون بالسن فالى الاول اشار بقوله يحكم ببلوغ
الغلام بالاحتلام والانزال والاحبال اذا وطئ والاصل هو الانزال لان الاحبال
والاحتلام لا يكون الا مع الانزال فجعل كل منها علامة وببلوغ الجارية بالحيض
او الاحتلام او الحبل اذا وطئت فان لم يوجد شيء من ذلك اي شيء من المذكور من
العلامات فاذا تم له اي للغلام هذا بيان حد البلوغ السني في الغلام والجارية
ثماني عشرة سنة يحكم ببلوغه واذا تم لها اي للجارية سبع عشر سنة يحكم
ببلوغها هذا عند ابي ح على ما ذكره صدر الاسلام ابو اليسر وعندهما اذا تم
خمس عشرة سنة فيهما اي يحكم ببلوغهما وهو اي قول الامامين رواية عن الامام
وبه يفتى لقصور اعمار اهل هذا الزمان كذا علله صدر الاسلام هذا اكثر المدة
وادنى مدته اي مدة البلوغ بالاحتلام ونحوه له اي للغلام ثنتا عشرة سنة

ولهما اى للجارية تسع سنين بالاتفاق واذا راهقا اى دنى للحلم واشكل امرهما في البلوغ ولم يعلم ذلك منهما وقالا بلغنا صدقا وكانا كالبالغ حكما لان البلوغ معنى لا يعرف الا من جهتهما فاذا اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما فيه كما قبل قول المرأة في الحيض كذا في الهداية وقال في قاضيخان رجل له امرأة ابنة اربع عشر سنة وغلام ابن اربع عشر سنة ايضا فقال للمرأة اذا حضت فانت طالق وقال للغلام اذا احتلمت فانت حر فقالت المرأة قد حضت وقال الغلام قد احتلمت قال تصدق المرأة ولا يصدق الغلام وقال في قسمة فتاوى الفضلي صبي اقر انه بالغ وقاسم الوصي فان كان مراهقا جازت قسمته ولم يقبل قوله بعده انه كان غير بالغ وان لم يكن مراهقا ويعلم ان مثله لا يحتلم لم يجز قسمته ولا يقبل قوله انه بالغ قال الصدر الشهيد في واقعاته وبهذه المسئلة تبين ان بعد ثنتي عشرة سنة يشترط شرط اخر لصحة الاقرار بالبلوغ هو ان لا يكون بحال يحتلم مثله وكلام المص خال عن هذا القيد وقال في العماد قبل ثنتي عشرة سنة لا يصح اقراره بالبلوغ البتة بعد ثنتي عشرة سنة ان كان مثله يحتلم عادة يصح اقراره

كتاب المأذون

ذكره عقيب كتاب الحجر لان الاذن يقتضي سبق الحجر فناسب ان يذكر بعده الاذن في اللغة الاعلام وفي العرف الشرع فك الحجر واسقاط الحق لانه لا يقبل التوقيت والتخصيص فانه لما كان تصرف المأذون بحكم مالكيته الاصلية العامة لجميع الاوقات والامكنة وانواع التجارات كان لا يختص بمكان ووقت ونوع من التجارات وكل ما لا يختص ولا يتوقت فهو من قبيل الاسقاط فهذا من قبيل الاسقاط بحق المولى اذ الاسقاط لا يتوقت كالطلاق والعتاق وههنا المولى اذا اذن لعبده في التجارة اسقط حق نفسه الذي كان العبد لاجله محجورا قبل الاذن ثم تصرف العبد اى تصرفه بعد الاذن باهليته الاصلية لان الرقية عارضة لان الاصل في بني ادم الحرية وانما عرضها الرقية لشامة الكفر وبعد عروضها يبقى اهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز لانه من اثار الادمية وبعروض الرق لا يخرج من الادمية لكن لما كان تصرفه يوجب تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك حق المولى تحجر عليه لحق المولى كيلا يبطل حقه

حقه فلا بد من اذنه فاذا اذن زال المانع عن التصرف فظهر الاصلية [اهليته] فتصرف بها فلا تلزم سيده عهدته تفريع على كون تصرفه باهليته الاصلية وهذا لان اول تصرف يباشره العبد المأذون الشرى لانه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في ذمته بايجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الاداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا محالة ولهذا لو اقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى فاذا كان تصرفه لنفسه لا يلزم عهدته سيده ولا يتوقت بزمان او مكان هذا تفريع على كونه اسقاطا ففيه نشر على خلاف ترتيب اللف وهذا لان الاسقاط لا يتوقت بشيء منها مثل الطلاق والعتاق كما تقدم فلو اذن تفريع على عدم توقته له لعبده يوما فهو مأذون دائما الى ان يحجر عليه ولا يتخصص بنوع من التجارات وهذا من تفريع كونه اسقاطا ايضا بخلاف التوكيل فانه انابة لا اسقاط فيقبل التوقيت والتخصيص وكذا اذن القاضي يقبلها لانه بمنزلة التوكيل على ما في قاضيخان فاذا اذن في نوع من التجارة كان مأذونا في سائر الانواع لان جميع الازمنة والامكنة وانواع التجارات متساوية بالنسبة الى اهليته الاصلية وقد تقدم ان تصرفه بعد الاذن باهليته فاذا لم يكن موقتا ولا مخصصا فلا يعتبر التقييد بواحد منها لعدم الفائدة في التقييد بها فان قيل المأذون عديم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك اذ لا يملك شيئا مما اشتراه بعد الاذن بل الملك لمولاه فينبغي ان لا يكون اهلا لنفس التصرف ايضا لان التصرفات الشرعية انما يراد لحكمها وهو ليس باهل له اجيب بان حكم التصرف ملك اليد لا ملك الرقبة والرقيق اصيل في ملك اليد ويستقيم ويثبت الاذن صريحا بان يقول المولى لعبده اذنت لك في التجارة ودلالة بان راى عبده يبيع ويشتري فسكت المولى ولم ينهه يصير العبد مأذونا عندنا سواء كان البيع للمولى او لغيره بامره اى بامر المولى ويجوز ارجاعه الى الغير ايضا او بغير امره بيعا صحيحا او فاسدا هكذا ذكره في الهداية معللا بان كل من راه يظنه مأذونا له فيها فيعاملونه بالبيع والشراء بناء على ظنهم هذا فيتضررون به عند عدم كونه مأذونا لانه يتأخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق فجعلناه مأذونا بسكوت المولى

دفعا للضرر عن الناس وذكر في قاضيخان ما يخالف هذا فانه قال في اول كتاب المأذون
فاذا راى المولى عبده يبيع عينا من اعيان المال فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا راى
الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن وروى الطحاوي ان المرتهن اذا سكت كان
رضا بالبيع ويبطل الرهن فان هذا مخالف لمقتضى قوله سواء كان المبيع للمولى ثم ذكر
في قاضيخان ايضا ما يوافق ما في الهداية حيث قال لو امر عبده ببيع متاع غيره يصير
ماذونا ولو راى عبده في حانوته يبيع متاعه فسكت حتى باع متاعا كثيرا من ذلك
كان اذنا ولا ينفذ على المولى بيع العبد ذلك المتاع لانه يزول عن ملكه فلا يكون سكوته
اذنا في ذلك البيع بل يكون اذنا بعده بخلاف ما لو راه يشتري شيئا فسكت فان سكوته
تكون اذنا في ذلك الشراء لانه يدخل في ملكه فينفذ عليه ولو ان رجلا دفع الى عبد رجل
متاعا له ليبيعه فباعه بغير اذن المولى فرآه المولى ولم ينهه كان اذنا في التجارة
ويجوز ذلك البيع على صاحب المتاع وتكلموا في العهدة قال بعضهم العهدة ترجع
الى الامر وعند البعض ترجع الى العبد ولو راى المولى عبده يشتري شيئا بدراهم المولى
او دنانيره فلم ينهه يصير ماذونا فان نقد الثمن من مال المولى كان للمولى ان يسترده
واذا استرد لا يبطل ذلك البيع ولو كان مال المولى مكيلا او موزونا فاسترد المولى
يبطل البيع بان كان الشراء بمكيل وموزون بعينه وان لم يكن بعينه واسترد
المولى لا يبطل الكل في قاضيخان مع بعض زيادة عليه ويمكن ان يقال ان مراد قاضيخان
بقوله فسكت لم يكن اذنا مما ذكره اولا انه لم يكن اذنا في بيع ذلك المال فلا مخالفة
بينه وبين ما في الهداية ثم ثبوت الاذن بسكوت المولى هو مذهبنا وقال زفر والشافعي
لا يثبت الاذن بسكوت المولى عندما يراه يبيع ويشتري لان سكوته يحتمل الرضا والسخط
وقلة الالتفات الى تصرفه والمحتمل لا يكون حجة ولان الاذن انابة وتوكيل فلا يثبت بالسكوت
كما اذا راى اجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينهه لا ينفذ ذلك عليه بسكوته وكذا
لو راى القاضي الصبي والمعتوه او عبدهما يبيع ويشتري فسكت لا يكون اذنا له في
التجارة مع ان له ان ياذن لليتيم والمعتوه اذا لم يكن لهما ولي امتنع من الاذن لهما عند

عند طلبه وكذا سكوت المرتهن عندما يرى الراهن يبيع الرهن لا يكون رضا وكذا اذا
راى عبده او امته يتزوج فسكت لا يكون اذنا منه بالتزوج قلنا ان هذه التصرفات
مبنية على عادات الناس وقد جرت العادة ان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه
عنه ويؤدبه عليه فاذا سكت دل على رضاه فصار اذنا دلالة لاجل دفع الضرر
عن الناس على ما ذكرناه آنفا فصار كسكوت النبي عليه الصلوة والسلام عندما يعاينه
عن الانكار فانه اذن منه فيه وكسكوت البكر والشفيع والولي القديم عندما يرى
ماله يقسم بين الغانمين بخلاف ما اذا سكت عندما يرى الاجنبي يبيع ماله لانه
توكيل والوكيل يتصرف للموكل لا لنفسه فلا يثبت التوكيل بالسكوت بل لا بد له من
صريح الاذن وكذا اذن القاضي توكيل لا اسقاط لانه لا حق له في مال الغير حتى يكون الاذن
منه اسقاط الحق بخلاف ما نحن فيه فانه اسقاط لا توكيل كما تقدم وسكوت المرتهن
رضى في رواية الطحاوي كما ذكره قاضيخان فلا يصلح مقيسا عليه وفي تزويج العبد والامة
ضرر عظيم على المولى فلا يلزمه مثل هذا الضرر بدون التصريح بالاذن بخلاف ما نحن فيه
فانه لا ضرر فيه في الحال وفي المال جانب النفع راجح على ما في الزيلعي وللماذون اذنا عاما
لا بشراء شيء بعينه او طعام الاكل او ثياب الكسوة يعني لو اذن المولى عبده اذنا عاما
بان قال اذنت لك في التجارة او قال آجر نفسك للناس ولم يقيده بشراء شيء بعينه
او طعام الاكل او ثياب الكسوة ولا بنوع من التجارة صار ماذونا في جميع التجارات بخلاف
ما لو قيده بشيء من ذلك او باجارة نفسه من فلان بعينه بان قال اجر نفسك من فلان
فانه لا يكون ماذونا بل استخداما له كيف ولو كان ماذونا بهذا القدر يتعذر على
المولى استخدامه وهو ظاهر ان يبيع ويشتري ويوكل من التوكيل بهما اي بالبيع والشراء
لانه من توابع التجارة ويسلم ويقبل ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة ولا بالتوكيل
ويزارع ويشتري بذرا يزرعه ويشارك عنانا لانه من صنيع التجارة لانه طريق تحصيل
الربح وليس له ان يشارك مفاوضة لانها تتضمن الكفالة والوكالة وهو لا يملك الكفالة
لكونها تبرعا ولو فعلا ذلك كان عنانا لان في المفاوضة عنانا وزيادة فصحت بقدر ما يملكه

المأذون وهو الوكالة دون الكفالة ويستأجر الاجراء للخدمة ويؤجر ولو وصلية نفسه
لان كلا من الايجار والاستيجار من باب التجارة ويضارب اي يقبل المال مضاربة ويدفع
المال الى الغير مضاربة ويبضع ويعير مما ذكرناه ويقر بدين ووديعة لما ذكرناه ايضا
لانه لو لم يصح اقراره لم يعامله احد فيبطل المقصود من الاذن وفي البزازية واقرار
المأذون بالديون والمغصوب واتلاف الودايع والعواري والجنايات في الاموال جائز
واما الاقرار بجناية يوجب الدية او الفداء لا يصح محجورا او مأذونا واقرار المحجور بالدين
او الغصب وعين مال لا يصح وفي المأذون يصح ويؤاخذ به في الحال ولو اقر المأذون
بمهر امرأة وصدقته لا يصح في حق المولى ولا يؤاخذ الا بعد الحرية انتهى ولو باع او اشترى
بغبن فاحش جاز عند ابي ح خلافا لهما لان المقصود من الاذن الاسترباح والعقد
بالغبن الفاحش اتلاف لا استرباح فلا يدخل تحت الاذن فلا يجوز كما لا يجوز
ذلك العقد من الاب والوصي والقاضي في مال الصغير ولابي ح ان المأذون متصرف
لنفسه كالحر فيصح عقده ولو بالغبن الفاحش بخلاف هؤلاء لان تصرفهم للصغير
وهو مقيد بالنظر له فلا يجوز بالفاحش لعدم النظر فيه ولو حابى اي العبد المأذون
قال في المصباح حبوت الرجل حباء بالكسر والمد اعطيته الشيء بغير عوض وحاباه
محاباة سامحه مأخوذ من حبوته اذا اعطيته انتهى والمراد بالمحاباة بيع المتاع بنقصان
فاحش من قيمته في مرض موته صح من جميع المال ان لم يكن عليه دين اي ينفذ محاباته
من جميع ماله وان زادت على الثلث وان كان عليه دين فمن جميع ما بقي اي يؤدى
دينه اولا فما بقي بعد قضاء الدين يكون كله محاباة لان الاقتصار في الحر على الثلث
لحق الورثة ولا وارث للعبد والمولى وان كان وارثا الا انه رضي بالاذن لسقوط
حقه فتنفذ محاباته في جميع ما بقي من الدين الا ترى ان الوارث لو اسقط حقه
في الثلثين لنفذ تصرف المريض في الكل وان لم يبق شيء للدين بعد المحاباة
ادى المشتري جميع المحاباة او رد المبيع اي يقال للمشتري اما ان تؤدي جميع المحاباة
او ترد المبيع كما اذا حابا الحر في مرض موته قال في الكفاية ان ما ذكره صاحب الهداية

الهداية من قوله ولو حاباه العبد المأذون في مرض موته يعتبر من جميع ماله
فيما اذا كان مولاه صحيحا اما اذا كانت المحاباة في مرض موته وفي مرض المولى محاباته مما يتغابن
الناس فيه وبما لا يتغابن فيه جائزة في قول ابي ح من ثلث مال المولى سواء كان ذلك
في البيع او في الشراء لان العبد بالاذن صار مالكا للمحاباة مطلقا في قول ابي ح حتى لو باشره
في صحة المولى كان ذلك صحيحا منه والمولى حين استدام الاذن بعد مرضه جعل
تصرف العبد باذنه كتصرفه بنفسه ولو باع المولى بنفسه وحابا يعتبر ذلك
من ثلث ماله سواء كانت محاباة يسيرة او فاحشة فكذا اذا باشره عبده
وفي قول ابي يوسف ومحمد محاباته بما يتغابن الناس فيه كذلك واما محاباته
بما لا يتغابن الناس فيه فباطل وان كان يخرج من ثلث مال المولى لان العبد عندهما
لا يملك هذه المحاباة بالاذن له في التجارة حتى لو باشره في صحة المولى كان باطلا
وان كان على المولى دين يحيط برقبة العبد وبما في يده ولا مال له غيره محابا في مرض
المولى لم يجز محاباة العبد بشيء لان مباشرة العبد كمباشرة المولى ومحاباة المولى
عند استغراق الدين ماله لا يجوز فكذا محاباة عبده وان لم يكن على المولى دين
وكان على العبد دين يحيط برقبته وبجميع ما في يده فمحاباة العبد جائزة على
غرمائه من ثلث مال المولى لان حكم الاذن لم يتغير بلحوق الدين اياه والمحاباة وان
جازت على الغرماء فانما هي من مال المولى انتهى فظهر منه ان محاباة العبد المأذون
في مرضه على انواع لانها اما ان تكون في صحة المولى او في مرضه فان كانت في صحة المولى
وليس على المولى ولا على العبد المأذون دين اصلا فمن جميع المال وان كان عليهما
او على واحد منهما فمن جميع ما بقي وان كان على المولى دين محيط فالمحاباة باطلة
وان كان على العبد دين محيط فمحاباته معتبرة من ثلث المال وهي الصورة الاخيرة
مما ذكرناه من الكفاية وان كانت محاباته في مرض المولى فهي الصورة المذكورة
اولا في الكفاية ولذا اي للعبد المأذون ان يضيف معاملة لان الضيافة للمعامل من
صنيع التجار استجلابا للقلوب اهل حرفته لكن قيد الضيافة في شرح النقاية باليسيرة

لا الكثيرة ويحط من الثمن بعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط
انظر له من قبول المعيب بخلاف الحط منه بلا عيب فانه تبرع محض لا يملكه المأذون
ولذا قيده بالعيب ويأذن العبد المأذون لرقيقه في التجارة لانه نوع تجارة والاصل
ان كل من له ولاية التجارة يصح اذنه لعبده في التجارة كالمكاتب والمأذون والمضارب
والاب والجد والقاضي وشريكي المفاوضة والعنان والوصي ولا يجوز ذلك للام والاخ
والعم لانه ليس لهم ولاية التجارة في مال الصغير كذا في الاختيار لا ان يتزوج امرأة لانه
ليس من التجارة الا باذن المولى وهل يتسرى ففي نكاح التاتارخانية ولا يتسرى جارية
من اكسابه لانه لا ملك للعبد حقيقة وحل الوطء بدونه احد الملكين نفي شرعا
وسواء اذن له المدعي او لم يأذن له لما ذكرنا ان العبد لا يملك شيئا لانه مملوك فيستحيل
ان يكون مالكا وبالاذن لا يخرج عن كونه مملوكا فلا تندفع الاستحالة انتهى وقال
في ذخيرة العقبى ان المولى لو سلم الى مأذونه امته المملوكة فقال اعطيتكها او وهبتكها
فتمتع بها تمتع الرجل من النساء فقبضها ووطئها يكون زنا محضا وحراما صرفا
لكنه يسقط عنه الحد للشبهة ولو ادعى ثبت نسبه منه او يزوج عبده لما ذكرناه
وكذا امته لما ذكرناه ايضا خلافا لابي يوسف في تزويج الامة فانه جوز تزويج امته
وله ان تزويج الامة نوع تجارة لايجابه نفقتها ومهرها على زوجها بخلاف العبد
لان تزويجه يوجب النفقة والمهر عليه فينا في امر التجارة ولا ان يكاتب عبده لانه ليس
بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل في الكتابة مقابل بفك الحجر فلم يكن من باب التجارة
ولان الكتابة اقوى من الاذن لان الكتابة توجب حرية اليد في الحال وحرية الرقبة
في المال والاذن لا يوجب شيئا من ذلك والشيء لا يتضمن ما هو فوقه فلا يجوز الا اذا
اجازه المولى ولم يكن على العبد دين لان الامتناع لحقه فاذا اجازه زال المانع فينفذ
وهذا لما عرف ان كل عقد موقوف وله مجيز وقت وقوعه يجوز باجازته فتكون
الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ثم ليس للعبد ان يقبض البدل لانه نائب عن
المولى كالوكيل فكان قبض البدل لمن نفذ العقد من جهته لان الوكيل فيه سفير

سفير ومعبر فلا يتعلق به حقوق العقد كالنكاح بخلاف المبادلة المالية كذا في الزيلعي
وذكر فيه ايضا نقلا عن النهاية انه لو كان على العبد دين قليل او كثير فكتابته باطلة
وان اجازها المولى لان قيام الدين يمنعه من ذلك قل او كثر ثم استشكل عليه بان الدين
اذا لم يكن مستغرقا لرقبته ولما في يده لا يمنع الدخول في ملك المولى باجماع اصحابنا حتى جاز
للمولى عتق ما في يده فكيف يتصور هذه المسئلة وانما الخلاف في المستغرق فعند ابي ح
يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما لا يمنع ثم لو ادى المكاتب البدل الى المولى قبل الاجازة
ثم اجاز المولى لا يعتق وسلم المقبوض للمولى لانه كسب عبده او يعتق ولو كان العتق بمال
لان العتق فوق الكتابة فكان اولى بالامتناع وان اجازه المولى ولم يكن عليه دين جاز
وكان قبض العوض اليه ان كان العتق على مال وان كان عليه دين مستغرق لا ينفذ عند
ابي ح خلافا لهما بناء على انه يملك ما في يده ام لا او يقرض لانه تبرع ابتداء فلا يملكه
او يهب لانه تبرع محض فلا يملكه ولو كان بعوض او يهدي لانه تبرع وكذا لا يتصدق
لما ذكرنا الا اليسير من الطعام فيه اشارة الى انه ليس له ان يهدي شيئا من الدراهم
والدنانير قال في خزانة الفقه لابي الليث عشرة اشياء لا يملكها العبد المأذون
الكفالة بالنفس والمال والقرض والهبة والصدقة والعتق على مال وغيره والكتابة وتزويجه
لنفسه وتزويج عبده وامته والصلح من قصاص وجب عليه والعفو عن القصاص ثلاثة
عشر شيئا يملكها العبد المأذون يبيع ويشتري الارض ويزرعها ويصالح من قصاص
وجب على عبده ويهدي اليسير من الطعام ويضيف من يطعمه ويجوز بيعه من
مولاه بمثل قيمته انتهى وفي البزازية ليس للمأذون الكفالة بالنفس والمال الا باذن
المولى وباذن المولى لا يجوز الا ان يكون عليه دين انتهى والمحجور لا يهدي اليسير
من الطعام ايضا اي كما لا يهدي الكثير من الطعام وعن ابي يوسف اذا دفع المولى الى المحجور
قوت يومه فدعا بعض رفقائه للاكل معه فلا باس به بخلاف ما لو دفع اليه المولى
قوت شهر لانهم اذا اكلوه يتضرر المولى به ولا يمكن ان تعذر الضيافة بقدر قالوا
ولا باس للمرأة ان تتصدق من بيت زوجها باليسير كالرغيف ونحوه لكمال الازدواج

مطلب لا باس للمرأة ان تتصدق من بيت زوجها باليسير

بينهما وما لزم المأذون من الدين بسبب تجارة وما لزم المأذون من الدين بسبب تجارة او ما
في معناها كبيع وشراء مثال السبب تجارة واجارة واستيجار وغصب وجحد امانة وعقر
امة شراها فوطئها فاستحقت الامة هذا كلها مثال لما كان في معنى التجارة على ما صرح
به علماء الدين والعقر وان استند الى الشراء لكن سببه القريب هو الوطئ وفائدة
الاستناد الى الشراء سقوط الحد يتعلق الدين اللازم بهذه الاسباب برقبته عندنا
قال زفر والشافعي لا يتعلق برقبته بل يتعلق بكسبه فلا يباع رقبته بل يباع كسبه
فقط في دينه لان رقبته ملك المولى فلا يتعلق الدين بها الا بتعيين المولى والمولى عين
الكسب لتعلق الدين دون الرقبة لان غرضه من اذنه تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال
قد كان وذا في اداء دين التجارة من كسب التجارة لا من رقبته بخلاف دين الاستهلاك
فان رقبته يباع فيه بالاجماع لان سببه هو الجناية لا الاذن وقبل الاذن يباع بدين
الاستهلاك فكذا بعد الاذن ولنا ان هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى بسبب الاذن
فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك والمهر والنفقة ولان بيعه في الدين كان جائزا
في اول الاسلام حتى كان يباع الحر بالدين على ما روى انه عليه السلام باع رجلا يقال
له شرف في دينه فانتسخ في حق الحر فبقي في حق العبد على حاله لعدم المانع ولان
في تعلقه برقبته دفع الضرر عن الناس وحاملا لهم على المعاملة معه وبه يحصل
مقصود المولى لان المعسر الذي ليس له مال لا يعامله احد خوفا من توى مالهم فلا
يحصل غرضه واذا تعلق برقبته يعاملون معه فيحصل غرض المولى من الاذن بالتجارة
وتعلقه بكسبه لا ينافي تعلقه برقبته ايضا فيبدأ بكسبه لانه اهون على المولى مع
ابقاء حق الغرماء وعند انعدامه يستوفي من الرقبة دفعا للضرر عن الغرماء فلا
يعجل القاضي ببيعه بل يتلوم لاحتمال ان يكون له مال فاذا مضت مدة التلوم ولم يظهر
له مال باعه لان القاضي نصب ناظرا للمسلمين وقد نظر للمولى بالتلوم وللغرماء بالبيع
فيباع العبد المأذون ان لم يفده المولى باداء ديونه ويقسم ثمنه وما في يده من
كسبه بالحصص بين الغرماء وشرط في بيع العبد نفسه ان يكون المولى حاضرا

حاضرا لان المولى هو الخصم في رقبة العبد كما اذا ادعى رقبته انسان ولا يكون العبد
فيه خصما وبيع كسبه لا يشترط حضور المولى بل يشترط حضور العبد لانه الخصم
في كسبه الا ترى انه اذا ادعى انسان كسبه كان هو الخصم فيه سواء كسبه
قبل الدين او بعده او اتهبه اي قبل الهبة قبل الدين او بعده لانه من جملة اكسابه ايضا
وما بقي عليه اي ما بقي على العبد المأذون بعد تقسيم ثمنه وما في يده من كسبه يطالب المأذون
به بما بقي بعد عتقه ولا يطالب به في الحال لان دينهم ثابت في ذمته لاهليته له ولم يستوفوا
الكل منه لان رقبته وما في يده من الكسب لم يف به فبقي دينهم على حاله في ذمته فيستوفون
به اذا قدروا على ايفائه ولا يقدرون الا بعد العتق لانه لا يمكنه بيعه ثانيا ولا استسعاؤه
لان المشتري يتضرر به ولانه لو علم المشتري انه يباع عليه ثانيا او يستسعي يمتنع
من شرائه فيؤدي الى امتناع البيع بالكلية فيعود الضرر على غرمائه فلا يشرع
ولو اشتراه بعد ذلك مولاه الذي باعه للغرماء لم يكن لهم على العبد تعلق لان هذا
ملك جديد بسبب جديد وتبدل الملك كتبدل العين حكما فصار كانه عبد آخر كذا
في الزيلعي وما اخذه سيده منه اي من المأذون قبل الدين لا يسترد منه السيد
لان الدين لم يتعلق بما اخذه قبله بل ذلك حق المولى فلا يسترد قيده بما قبل الدين
لان ما اخذه سيده من كسب عبده المأذون بعد الدين يؤخذ منه ويدفع الى
الغرماء سواء بات المأذون او لا وله اي للمولى اخذ غلة مثله مع وجود الدين
والزائد عليها اي على غلة مثله للغرماء هذا جواب الاستحسان والقياس ان
لا يجوز ذلك لان حق الغرماء مقدم في كسبه على المولى وجه الاستحسان ان في اخذه
الغلة منفعة الغرماء فانه يتركه على حاله لاجل ما يحصل له من المنفعة ولو لم
يأخذ عليه مثله لحجر عليه فينسد عليه باب الاكتساب فكان ما يأخذه من غلة
مثله كتحصيل الكسب لهم فلا يمنع من اخذه الا انه اذا اخذ اكثر من غلة مثله
يسترد منه ذلك الاكثر والا يتضرر به الغرماء وينحجر المأذون ان ابق وان لم
يعلم اهل سوقه اباقه كما في الجنون وقال زفر والشافعي لا ينحجر بالاباق لانه لا ينافي ابتداء

الاذن لان المولى اذا اذن لعبده الابق المحجور عليه في التجارة وعلم العبد بذلك صح اذنه
ويتجر العبد بذلك الاذن فلان لا ينافي بقاه وهو دونه اولى لان البقاء اسهل من
الابتداء فصار كما اذا غصب عبده وللمولى بينة عليه وكان الغاصب يقر بالغصب واذن
له المولى في يد ذلك الغاصب صح اذنه ولا ينافي الغصب صحة الاذن فكذا الاباق لا ينافيه
ولنا ان الاباق حجر عليه دلالة لان المولى انما يرضى بكون عبده ماذونا على وجه يتمكن
من قضاء دينه بكسبه ولم يتحقق ذلك من الابق فلا يكون راضيا به وانما لم
يكن مانعا في الابتداء لانا نجعله حجرا دلالة ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها
بان اذن صريحا وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر باقامة البينة
او باقرار الغاصب حتى لو لم يتيسر له ذلك لم يصح اذنه ثم ان عاد من الاباق يعود الاذن
او لا قيل يعود وقيل لا يعود وهو الصحيح على ما في العناية والزيلعي او مات سيده
او جن مطبقا تعريف الجنون المطبق وما هو المختار فيه قد سبق في آخر كتاب
الوكالة او لحق بدار الحرب مرتدا يعني يصير العبد الماذون محجورا عليه بهذه الاشياء
الثلاثة علم العبد او لم يعلم لان الاذن غير لازم وقد تقرر في محله ان ما لم يكن لازما من
التصرفات يكون لدوامه حكم ابتدائه كانه ياذن له ابتداء في كل ساعة لتمكنه من الفسخ
والحجر عليه في كل ساعة فتركه على ما كان عليه كانشاء الاذن فيه فيشترط قيام
الاهلية في تلك الحالة كما يشترط في الابتداء وقد زالت الاهلية بالموت والجنون
وكذا باللحوق بدار الحرب مرتدا لانه موت حكما على ما تقدم في باب المرتد فصار محجورا
عليه في ضمن بطلان الاهلية فلا يشترط فيه علمه ولا علم اهل سوقه لان الحجر حكمي
فلا يشترط فيه العلم كانعزال الوكيل بهذه الاشياء او حجر عليه اي على الماذون
وعلم به اي بالحجر عليه اكثر اهل سوقه وكذا شرط علم العبد نفسه بالحجر لكن هذا
فيما اذا كان الاذن شايعا بين اهل سوقه والا فعلم العبد وحده كاف في الحجارة
بالحجر اعلم ان اذن المولى لعبده اما ان يكون شايعا او لا فان كان شايعا لم ينحجر
حتى يعلم الحجر العبد واكثر سوقه لئلا يتضرر الناس بها لم يرضوا به من تأخير حقهم

حقهم الى ما بعد العتق لانه ان اكتسب شيئا اخذه المولى من يده لكونه حقه وان لحقه
دين اقام البينة انه كان محجورا عليه قبل الدين فيتاخر حقوقهم الى ما بعد العتق
والعتق موهوم العتيق ام لا وحتى يعتق وقد بايعوه على رجاء تعلق حقهم برقبته
وكسبه فاذا لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه بانحجاره من غير علمهم لتضرروا فقلنا
انه لم ينحجر حتى يعلم هو واهل سوقه واكتفى باكثر اهل سوقه والقياس ان لا يكتفى الا
بعلم الجميع دفعا للضرر عنهم الا انا استحسنا بعلم الاكثر لتعذر علم الكل وتعسره
فلو حجر عليه بحضرة الاقل لم يصر محجورا عليه حتى لو باعه من علم منهم ذلك ومن لم
يعلم جاز البيع لانه لما كان ماذونا له في حق الاكثر وهو من لم يعلم صار ماذونا له في حق
من علم ايضا لان كلا من الاذن والحجر لا يتجزى وان لم يكن الاذن شايعا ينحجر بحجره بلا
اشتراط علم اهل سوقه بل يكفي علم العبد نفسه وقال الشافعي ينحجر بحجر المولى وان لم
يعلم ذلك احد من اهل سوقه ولا العبد نفسه بناء على ان الوكيل ينعزل بعزل الموكل
وان لم يعلمه الوكيل عنده والحجة عليه ما ذكرناه والامة اي وتنحجر الامة الماذونة لها
ان استولدها مولاها وقال زفر لا تصير محجورا عليها وهو القياس والامة اي وتنحجر الامة
الماذونة لها ان استولدها مولاها وقال زفر لا تصير محجورا وهو القياس لان المولى اذا
اذن لام ولده ابتداء يجوز فكذا بقاء ووجه الاستحسان ان العادة جرت بتحصين
امهات الاولاد وانه لا يرضى بخروجها واختلاطها بالرجال في المعاملة والتجارة ودليل
الحجر كصريحه بخلاف ما اذا اذن لام ولده صريحا لان الصريح يفوق الدلالة فكان اولى
بالاخذ نظيره اذا قدم طعاما لانسان يكون اذنا منه بالاكل حتى حل التناول له
ثم اذا نهاه صريحا عن الاكل لا يعتبر الدلالة ولا يحل له التناول لا ان دبرها اي لا ينحجر ان
دبر الامة الماذونة لها لان العادة لم توجد بتحصين المدبرة فلم يوجد دليل الحجر فبقيت
على ما كانت اذ لا تنافي بين حكمي التدبير والاذن ويضمن المولى القيمة للغريم فيهما
اي في صورة التدبير والاستيلاد لانه اتلف بالاستيلاد والتدبير محلا تعلق به حق
الغرماء لانه بفعله امتنع بيعهما وبالبيع يقضى حقهم واقراره اي اقرار العبد الماذون له

بعد الحجر بدين متعلق بالاقرار او بان ما في يده امانة لفلان او غصب صحيح عند ابي ح
خلافا لهما وهو القياس لان المصحح لاقراره اما الاذن او اليد ولا شيء منهما بموجود
بعد الحجر اما الاذن فلزواله بالحجر واما اليد فلان الحجر ابطلها لان يد المحجور عليه غير
معتبرة شرعا فصار كما اذا اخذه المولى من يده بعد حجره قبل اقراره وكما اذا اخرجه المولى
من يده بالبيع ونحوه ثم اقر وكما اذا كان عليه دين مستغرق لما في يده قبل الحجر واقر بعد
الحجر بدين آخر وكما اذا كان ما في يده مما اكتسبه بعد الحجر ثم المراد بعدم اعتبار يد المحجور عليه
انها غير معتبرة فيما هو من كسبه او فيما عرف ان ما في يده مال المولى واما اذا لم يكن
كذلك فيده معتبرة ولهذا قالوا اذا استودع عبد رجل رجلا وديعة ثم غاب العبد
لم يكن لمولاه ان يأخذ تلك الوديعة مأذونا كان العبد او محجورا عليه بدون حضور
العبد على ما ذكر في العناية والكفاية فلو لم يكن يد المحجور عليه معتبرة لما اشترط حضرته
بل يأخذ مولاه الوديعة من غير حضور العبد فعلم ان يده معتبرة في امثال هذا اي فيما
لم يكن من كسبه ولا من مال المولى ولكنه قال في الكفاية نقلا عن الذخيرة وهذا اذا لم يعلم
المودع انها كسب العبد ولكن علم انها مال المولى كان للمولى ان يأخذه انتهى وهكذا ذكره
في الزيلعي والعناية ولابي ح ان المصحح للاقرار قبل الحجر عليه هو اليد ولهذا لا يصح اقراره
قبله الحجر عليه بما اخذه المولى من يده لخروجه عن يده حقيقة واليد ههنا باقية حقيقة
وحكما اما حقيقة فظاهر لان الكلام في الاقرار بما في يده واما حكما فلان شرط بطلانها
بالحجر حكما فراغها عن حاجته ولم يوجد هذا الشرط بدليل اقراره لان اقراره دليل على
تحققها فاذا كانت يده باقية حقيقة وحكما صح اقراره لقيام المصحح بخلاف المسائل المذكورة
فان المولى اذا اخذ ما في يده قبل الاقرار فقد زالت يده عنه حقيقة ويد المولى ثابتة فيه
حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وان المولى اذا باع ذلك العبد من غيره او وهبه منه
صار ذلك كعين آخر لان تبدل الملك كتبدل العين فصار اقراره بعد دخوله في ملك الغير
كاقرار عبد آخر فلا يقبل فيما في يده كما لا يقبل فيما اخرجه من يده وانه لو كان عليه دين
مستغرق لما في يده وقت الحجر عليه تعلق حقوق اصحاب الديون بما في يده فلا يقبل

فلا يقبل اقراره في ابطال حقهم فيقدمون على المقر له بالدين بعدهم كالمريض يقر بدين
في مرضه وعليه دين الصحة فان اقراره لا يقبل في حق غرماء الصحة بل غرماء الصحة تقدمون
على المقر له في المرض وان كسبه بعد الحجر حق المولى فلا يقبل اقراره به واذا استغرق
دينه اي دين العبد المأذون رقبته وما في يده من كسبه لا يملك سيده ما في يده
لان المولى ح كالاجنبي فلو اعتق المولى عبدا مما في يده اي يد العبد المأذون لا يصح عتقه
عند ابي ح وعندهما يملك المولى ما في يد عبده المأذون ولو كان دينه مستغرقا فيصح
عتقه اي عتق المولى عبدا من كسب المأذون وان لم يستغرق صح اتفاقا يعني ان العبد
المأذون اذا لزمته ديون فلا يخلو اما ان يحيط بماله ورقبته او يحيط بماله دون
رقبته او لا يحيط بشيء منهما فصورة الاول كما اذا اذن لعبده فاشترى ذلك العبد
عبدا آخر يساوي الفا والمأذون ايضا يساوي الفا وعليه الفا درهم والثاني ان
يكون عليه الف درهم والثالث ان يكون عليه خمسمائة درهم ففي الاول لم يملك
المولى ما في يده ولو اعتق عبدا من كسبه لا يعتق عند ابي ح وقالا يملك المولى ما في يده
ويعتق ما اعتقه من كسبه ويغرم المولى قيمته للغرماء لان سبب الملك في كسب المأذون
موجود وهو ملك رقبته فان ملك الرقبة اصل وملك الكسب تبع له وملك الاصل علة
لملك التبع ولهذا يملك اعتاق المأذون ووطء الامة المأذونة لها وكل من الاعتاق وحل
الوطء دليل على كمال ملك الرقبة فكان سبب الملك في الكسب موجودا على الكمال فيملكه
وينفذ فيه اعتاقه فان قيل سلمنا ذلك لكن استغراق الدين مانع عنه كما في التركة
فان الدين لو استغرقها لا ينفذ اعتاق الوارث عبدا من التركة مع ان سبب الملك
موجود فيها على الكمال وهو الانتقال من المورث الى الوارث قلنا ان الملك انما ثبت
للوارث نظرا للمورث بايصال ماله الى اقرب الناس اليه ولهذا يقدم الاقرب فالاقرب
ولا نظر للمورث في ذلك عند احاطة الدين بتركته بل النظر في قضاء دينه لانه فرض
عليه والميراث صلة فلا ملك للوارث عند استغراق الدين ولا عتق له ايضا
بخلاف ملك المولى في رقبة العبد المأذون فانه ثابت لا محالة بدليل صحة اعتاقه

وحل وطئ الامة المأذونة فيملك كسبه واعتاق عبد من كسبها ايضا ولا يمح ان ملك المولى
انما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث ثبت خلافة عن المورث
عند فراغه عن حاجته والمال الذى احاط به الدين مشغول بحاجة العبد فلا يخلفه
فيه كما فى التركة وفى الثانى نقل فى العناية عن شروح الجامع الصغير ان عتق المولى عبدا
من كسب المأذون فى هذه الصورة جائز ويلزمه انه يملك رقبته ايضا لم يذكر صاحب
الهداية هذه الصورة وكذا المصرد فى الثالث يملك المولى كسبه بنفذ عتقه
عبدا من كسبه بالاتفاق لوجود المقتضى وارتفاع المانع ويصح بيعه اى بيع العبد
المأذون الذى زمته ديون شيئا من كسبه من سيده بمثل القيمة لانه اى فرصه و
فيجوز وانما قيدنا المأذون بالذى لزمته ديون لانه اذا لم يكن عليه دين لم يصح بيعه
من سيده ولو بمثل القيمة لان بيعه عن سيده انما صح لكونه اجنبيا من كسبه
فيما اذا كان عليه دين واما اذا لم يكن عليه دين فلم يكن المولى اجنبيا من كسبه فلا يصح
بيعه منه كذا فى العناية وكذا لا يصح بيع سيده منه كذا فى شرح النقاية لا باقل من مثل
القيمة لانه اى متهم فى حق مولاه بميله اليه عادة بخلاف ما اذا باع من اجنبى فانه
يصح مطلقا سواء كان بمثل القيمة او باقل منها يسيرا لعدم التهمة فيه ولو سلم فهى
موهومة لا محققة اذ لا دليل عليها فى الاجنبى بخلاف ما اذا باع المريض شيئا من
ماله من وارثه لا ينفذ سواء كان بمثل القيمة او لا لان حق بقية الورثة تعلق
بعينه حتى كان لاحدهم الاستخلاص باداء قيمته فلا يملك المورث بيعه واما حق
الغرماء فقد تعلق بالمالية لا العين فافترقا وقال ابو يوسف ومحمد ان بيعه من
مولاه جائز ولو بغبن فاحش ولكن يخير المولى بين ان يزيل الغبن وبين ان ينقض البيع
لان فى المحاباة ابطال حق الغرماء فى المالية فيتضررون به بخلاف بيعه من الاجنبى بالغبن
اليسير فانه جائز ولا يؤمر المشترى بازالة الغبن على ما فى الزيلعى ويصح بيع سيده
منه اى من العبد المأذون الذى عليه دين بمثلها اى بمثل القيمة وكذا باقل منها لا باكثر
منها لان المولى اجنبى عن كسب عبده المأذون المديون فيصح بيعه منه بمثل القيمة وباقل منها

منها لعدم التهمة وفيه نفع للغرماء لا باكثر منها للتهمة فيه فلو باع المولى من عبده
المأذون المديون باكثر يحط الزائد ولو كان الزائد يسيرا صيانة لحق الغرماء
او ينقض البيع قبل الخيار بين نقض البيع وحط الزائد قول الامامين واما عنده
فالبيع باكثر من القيمة فاسد وان اسقط الزائد وكان الزائد يسيرا كذا فى شرح النقاية
نقلا عن المحيط فان سلم سيده اليه اى الى العبد المأذون المديون المبيع قبل نقد
الثمن اى من العبد المأذون سقط الثمن من ذمة العبد ويملك المبيع مجانا يعنى لو باع
السيد من عبده المأذون المديون وسلم المبيع اليه قبل قبض الثمن منه فلا يطالب
العبد بشئ من الثمن ولا من المبيع لانه بتسليم المبيع اليه سقط حق حبسه للثمن
فلا يجب على عبده دين من جهته فخرج المبيع من يده مجانا بخلاف اذا كان الثمن عرضا
حيث يكون المولى احق به من الغرماء اذ هو ليس بدين يجب فى ذمة العبد ويجوز
ان يكون عين ملكه فى يد عبده وهو احق به من الغرماء كما لو غصب العبد شيئا من ماله
او اودع ماله عند عبده او قبض العبد المبيع بغير اذن المولى فان المولى احق بالعين
من الغرماء فى هذه الصور فكذا فيما اذا كان الثمن عرضا وبخلاف ما اذا باع العبد من سيده
فسلم اليه المبيع قبل قبض الثمن من المولى حيث لا يسقط الثمن من المولى لانه يجوز
ان يثبت للعبد المأذون له دين على مولاه الا ترى انه لو استهلك المولى شيئا من اكساب
عبده المديون ضمن للعبد قيمته هذا جواب ظاهر الرواية وعن ابى يوسف ان للمولى
ان يسترد المبيع من العبد المأذون ان كان قائما فى يد العبد ويحبسه حتى يستوفى
الثمن لانه لم يسقط حقه من العين الا بشرط ان يسلم له الثمن ولم يسلم فبقى حقه
فى العين على حاله فيتمكن من استرداده ما بقى العين قائما فى يده واما بعد الاستهلاك
فقد صار دينا فى ذمة العبد والمولى لا يستوجب الدين على عبده كذا فى الزيلعى وله
اى للمولى ان لا يسلمه اى المبيع حتى يأخذ ثمنه من العبد لان البيع لا يزيل يد البايع ما لم
يصل اليه الثمن فيبقى ملك اليد للبايع حتى يستوفى الثمن ولهذا كان احق به من سائر
الغرماء قبل التسليم الى المشترى واما اذا سلم فقد اسقط حقه فى الحبس ويضمن

السبب باعتاقه عبده الماذون حال كونه الماذون مديونا سواء كان دينه مستغرقا له اولم
يستغرق لان ملك الرقبة ثابت وبغاذ العتق يبتني عليه فيصح عتقه بالاجماع وانما الخلاف
في صحة اعتاق عبد من كسب الماذون على ما تقدم فلما صح عتقه يضمن الاقل من قيمته ومن
الدين دفعا للضرر عن الغرماء لانه اتلف ما تعلق به حقهم والعتق لا يقبل الفسخ فلزمه
الضمان بالضرورة دفعا للضرر عنهم فان كان الدين اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لانه حقهم
وان كان القيمة اقل من الدين ضمن قيمته بالغة ما بلغت لان حقهم تعلق بماليته فيضمنها
كما اذا اعتق الراهن المرهون بخلاف ما اذا كان العبد الماذون له مدبرا او ام ولد حيث لا يجب
الضمان على المولى باعتاقهما للغرماء لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما فلم يكن المولى متلفا
حقهم فلم يضمن شيئا وهل يلزم علم السيد بالدين في وجوب الضمان عليه بسبب اعتاقه ففي
الزيلعي والعناية ان السيد يضمن الاقل من قيمته ومن الدين باعتاقه سواء كان السيد
علم بالدين اولم يعلم بمنزلة اتلاف مال الغير لما تعلق به حق الغرماء بيعا واستيفاء من
ثمنه وضمان الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب ازيد من مقدار ما اتلفه ويبقى
الزائد على المتلف من الدين الى ما بعد العتق بخلاف اعتاق العبد الجاني حيث يجب على المولى
جميع الارش ان كان اعتاقه بعد علمه بالجناية لان الواجب فيه انما وجب على المولى وهو مخير
بين الفداء والدفع فيكون بالاعتاق مختارا للفداء عالما ولا كذلك فيما نحن فيه لان
المولى ليس وجب عليه شيء من دين الماذون وانما يضمن باعتبار تفويت حقهم كاتلاف
مال الغير وذلك لا يختلف بالعلم وعدمه وما زاد من دينه اي من دين العبد الماذون
على قيمته طولب به معتقا اي بعد عتقه لما ذكرناه انه ضمان اتلاف وضمان الاتلاف لا يوجب
ازيد مما اتلفه فيبقى الزايد من الدين على قيمته الى ما بعد العتق وان باعه اي باع المولى
العبد الماذون المديون بدون اذن الغرماء بثمن غير واف بديونهم وقبضه المشتري
وهو اي العبد الماذون مديون مستغرق اي يحيط دينه برقبته وماله وغيبه اي العبد
الماذون مشتريه فللغرماء اجازة بيعه واخذ ثمنه من المشتري ان لم يسلم الى البايع
ومن البايع ان قبض الثمن او تضمين اي شاؤا من السيد او المشتري قيمته اما تضمينهم

اما تضمينهم قيمته فلان حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم ان يبيعوه بدينهم ان لم يقض
المولى ديونهم وقد اتلفاه فوجب الضمان بالاتلاف اما وجوبه على البايع فلاتلافه بالبيع
والتسليم واما على المشتري فلاتلافه بالقبض والتغييب واما خيار التضمين بينهما فلوجود
سبب الضمان منهما على السواء واما اجازتهم فلان الحق لهم فلهم الاجازة بخلاف ما لو كان بيع المولى
باذنهم حيث لا يضمن المولى هناك شيئا كما في صورة اجازتهم البيع وكذا اذا كان في الثمن وفاء
بدينهم ووصل اليهم الثمن لا ضمان لحصول المقصود واذا كان الدين على الماذون مؤجلة الى اجل
فباعه المولى باكثر من قيمته او اقل منها جاز بيعه وليس لهم حق المطالبة حتى يحل دينهم
فاذا حل ضمنوه قيمته لانه اتلف عليهم محل حقهم وهي المالية ولهذا قيدنا الدين بالحال
فان ضمنوا اي الغرماء السيد ثم رد عليه بعيب رجع اي السيد عليهم اي على الغرماء
بالقيمة وعاد حقهم اي حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان وهو البيع والتسليم قد زال
فصار كالغاصب اذا باع المغصوب وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بعيب كان له ان يرد المغصوب
على المالك ويرجع بالقيمة التي دفعها الى المالك ثم المشتري انما كان رده على السيد قبل
قبضه يرجع السيد عليهم مطلقا ان رد عليه بخيار الرؤية او الشرط واما ان رده
عليه بعد القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد ولا للمولى على القيمة التي ضمنها
لان الرد بالتراضي اقالة وهو بيع جديد في حق غيرهما ولم يذكر حكم تضمينهم المشتري
وحكمه انهم ان ضمنوا المشتري رجع المشتري على البايع لان اخذ القيمة منه كاخذ العين
منه والحاصل ان الغرماء في هذه المسئلة مخير بين ثلاثة احوال اجازة البيع واخذ الثمن
وتضمين البايع او تضمين المشتري فان اختاروا الاجازة فلا تضمين لهم بعده وان
اختاروا ضمان البايع فحكمه ما ذكر في الكتاب وان اختاروا ضمان المشتري فحكمه ما ذكرناه
ثم ايهما اختاروا في التضمين برئ الاخر حتى لا يرجعون اليه بعده وان هلكت القيمة عند
الذي اختاروه في التضمين لان المخير بين الشيئين اذا اختار احدهما تعين حقه فيه وليس
له ان يختار الاخر بعده كذا في الزيلعي وان باعه اي وان باع السيد العبد الماذون المديون
واعلم بكونه مديونا بان قال للمشتري هذا العبد الذي ابيعه منك مديون يريد به

سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين ليكون البيع لازما بينهما وان لم يكن لازما في حق الغرماء
فللغرماء رد البيع ان لم يصل ثمنه اليهم لان حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء او البيع
واستيفاء الدين من ثمنه وببيع السيد فاتت هذه الخيرة فكان لهم حق الرد وباعلام
السيد بكونه مديونا لم يلزم البيع في حق الغرماء وانما يلزم في حق العاقدين اعني السيد
والمشتري فثبت لهم حق الرد خاليا عن المانع وان وصل اليهم ثمنه ولا محاباة في البيع
فلا اي ليس لهم ان يردوا البيع لوصول حقهم اليهم فان قيل ان وصول الثمن اليهم مع عدم
المحاباة في البيع وذلك بان كان البيع بمثل القيمة لا يستلزم انتفاء الرد لهم لجواز ان يصل
اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكنه لا يفي بديونهم فيبقى لهم ولاية الرد للاستسعاء في
الديون قلنا انهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية
الرد فان قيل فعلى هذا الجواب لا فائدة في قوله ولا محاباة في البيع لانهم اذا قبضوا الثمن
ورضوا به سقط حقهم وان كان في البيع محاباة قلنا المراد بقوله ولا محاباة ان الثمن يعني
بديونهم فمعنى كلامه لهم رد البيع ان لم يصل اليهم الثمن الوافي وان وصل اليهم الثمن
الوافي فلا فان قيل اذا باع المولى عبده الجاني بعد العلم بجنايته كان مختارا للفداء فما بال
هذا لا يكون مختارا بالبيع قضاء الديون من ماله قلنا ان موجب الجناية لزوم دفع العبد
الى ولي الجناية على المولى فاذا تعذر عليه الدفع بالبيع طولب بالفداء لبقاء الواجب
عليه واما الدين ههنا فهو واجب في ذمة العبد المأذون بدليل انه لا يسقط عنه بالبيع
والاعتاق حتى يؤاخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى بمنزلة ان يقول
ان اقضي دينه وذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه فان غاب البائع اي لو باع المولى عبده
المديون المأذون وقبضه المشتري ثم غاب البائع فالمشتري ليس خصما لهم اي للغرماء
ان انكر المشتري الدين قيد بانكار المشتري لان المشتري اذا اقر بدينهم وصدقهم
في الدعوى كان لهم ان يردوا البيع بلا خلاف وعند ابي يوسف هو خصم ويقضي على
المشتري لهم اي للغرماء بالدين لانه يدعي الملك فيه لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه
فيه ولهما ان الدعوى يتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضاء

قضاء على الغائب فلا يجوز قال فخر الاسلام وعلى هذا الخلاف اذا اشترى رجل دارا لها
شفيع ثم وهبها الرجل وسلمها اليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب له ليس
بخصم عندهما خلافا لابي يوسف وروي عنهما مثل قول ابي يوسف ايضا ومن قال اي من
قدم مصرا وقال انا عبد فلان فاشترى وباع مع اهل المصر فحكمه كالمأذون اي لزمه كل شيء
من التجارة كما الزم المأذون يعني يقبل قوله في الاذن في حق كسبه حتى يقضي دينه من
كسبه وهذه المسئلة على وجهين احدهما ان يخبر بعد ما قال انا عبد فلان بان مولاه
قد اذن له فيصدق في قوله هذا استحسانا عدلا كان او غير عدل والقياس انه لا يصدق
الا بحجة لانه اخبر عن امرين احدهما اخبر انه مملوك وهذا اقرار منه على نفسه فيقبل
والثاني اخبر انه مأذون له في التجارة وهذا اقرار على المولى فلا يقبل بلا حجة ولانه
يدعي الاذن وقد قال صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي وكذا القياس ان يشترط العدالة
في المخبر لان ... بالعدالة يترجح جانب الصدق وجه الاستحسان ان الناس يعاملونه
من غير اشتراط شيء من الحجة على قوله والعدالة واجماع المسلمين حجة يخص بها
الاثر ويترك بها القياس ولان في ذلك ضرورة وبلوى فان الاذن لا بد منه لصحة
تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن وما ضاق على الناس اتسع حكمه وما عمت
بليته سقطت قضيته وكذا على هذا من القياس والاستحسان دعوى الوكالة
والمضاربة والشركة والبضاعة وما اشبهها والثاني ان يبيع ويشتري ولا يخبر شيء
منه فالقياس فيه ايضا انه لا يثبت الاذن لان السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت
لان الظاهر انه مأذون له لان عقله ودينه يمنعانه من ارتكاب المحرم فوجب حمله
عليه لوجوب حمل امر المؤمنين على الصلاح ما امكن فالعمل بدليل الظاهر هو الاصل
في المعاملات دفعا للضرر عن العباد فلا يشترط فيه الاخبار انه مأذون له بل يكتفي
بظاهر حاله فاذا ثبت انه مأذون له بظاهر حاله صحت تصرفاته حتى يظهر خلاف
ذلك ولزمته الديون فيستوفي من كسبه وان لم يف الكسب بالدين لا يباع
في الدين واليه اشار بقوله الا انه لا يباع في الدين ما لم يقر سيده باذنه لانه ملك

المولى في الرقبة ثابت فلا يصدق في اقراره عليه بلا حجة ولا يلزم من وجوب الدين ان يباع
به الا ترى ان المدبر وام الولد لا يباعان بالدين بخلاف الكسب لان المولى لا يملكه ما دام مشغولا
بحاجة العبد وانما يخلفه في الفاضل عن حاجته فان حضر المولى واقر بالاذن بيع بالدين
لظهور الدين في حقه باقراره فان قال هو محجور عليه فالقول قوله لتمسكه بالظاهر فلا
يباع الا اذا اثبت الغرماء الاذن منه بالبينة فح يباع لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا

فصل لما فرغ من احكام العبد المأذون شرع في بيان احكام الصبي المأذون
والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش اذا اذن له الولي كان كالعبد المأذون
في نفوذ التصرف وعدم التقييد بنوع وصيرورته ماذونا بالسكوت وصحة اقراره بما في
يده وغير ذلك من الاحكام وقد ذكرنا بعض احكام الصبي في كتاب الهبة ولنذكر بعضه
ههنا في اثناء شرح كلام المص تصرف الصبي ان نفع له نفعا محضا كالاسلام وقبول
الهبة صح بلا اذن الولي قال في العمادي لا خلاف ان الايمان لا يجب على الصبي ولكنه
اذا اسلم يصح اسلامه وعند الشافعي لا يصح وقال في التجريد استثنى فخر الاسلام
من العبادات الايمان فاثبت اصل وجوبه في الصبي لا الاداء فاذا اسلم عاقلا وقع
فرضا فلا يجب تجديده بالغا كتعجيل الزكاة بعد السبب ونفاه شمس الائمة لعدم
حكمه ولو اداه وقع فرضا لان عدم الوجوب كان لعدم حكمه فاذا وجد وجد والاول
زوجه انتهى وتفصيل هذا ذكرناه في الاصولين واما بيان سائر العبادات المالية
والبدنية فقد ذكرناه في كتاب الهبة وان ضر كالطلاق والاعتاق فلا يصح ولو وصلية
باذن الولي لان اذن الولي لا يؤثر فيما يضر له لان تصرفه نظري ولا نظر له فيما يضر وان
احتملهما اي النفع والضر كالبيع والشراء صح بالاذن لا بدونه وقال الشافعي لا يصح
ولو بالاذن لان حجره لصباه نفسه وهو باق بعد الاذن وبقاء العلة يستلزم بقاء
المعلول لا محالة بخلاف حجر الرقيق فانه ليس للرق نفسه بل لحق المولى وهو يسقط
باذنه لكونه راضيا بتصرفه ح ولان الصبي مولى عليه حتى يملك المولى التصرف والحجر
عليه والمولى عليه لا يكون واليا للمنافات بينهما لان كونه موليا عليه سمة العجز وكونه

واليا سمة القدرة فصار كالطلاق والعتاق في عدم الصحة من الصبي وان اذن
له الولي بخلاف الصوم النفل والصلوة النافلة لانهما لا يتقومان بالولي فيصحان
منه وكذا وصيته في ابواب الخير صحيح لعدم قيامها بالولي وكل تصرف لا يتحقق من الولي
في حقه صح تصرفه فيه بنفسه بلا اذن الولي اما البيع والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة
في تولي الصبي بنفسه اياهما فلا ينفذ من الصبي ولو بالاذن والحاصل ان كل تصرف
لا يمكن صدوره من الولي فيصح من الصبي ضرورة بلا اذن وكل تصرف يمكن صدوره
من الولي فلا يصح من الصبي لعدم الضرورة كما في البيع والشراء ولنا ان التصرف المشروع
صدر من اهله وقع في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه اما انه تصرف شرعي فلان
الله تع احل البيع وحرم من غير فصل بين البالغ والصبي واما انه صدر من اهله
فلانه عاقل مميز يعلم ان البيع سالب للمبيع جالب للثمن والشراء عكسه ويعلم الغبن
اليسير من الفاحش لان الكلام في مثل هذا الصبي والاهلية بمثل هذا التصرف يكون كذلك
واما انه وقع في محله فلكون المبيع مالا متقوما واما انه صدر عن ولاية شرعية فلانه
صدر باذن وليه والولي له هذا التصرف فكذا من اذن له ولهذا ان الولي لما لم يكن له
حق الطلاق والعتاق لا يملك الاذن بهما ايضا ولا نسلم ان حجر الصبي لصباه نفسه
بل بعدم هدايته في امور التجارة فصار كالعبد في كون حجره لغيره لا لذاته وهو حق
للمولى فاذا اذن له الولي زال ذلك المانع لانه لو لم يكن هاديا في امور التجارة لما اذن
له الولي فيصح تصرفه كالعبد المأذون له لزوال المانع اعني حق المولى لاسقاطه بالاذن
فان قيل لا نسلم ثبوت الهداية في امور التجارة باذن الولي حتى يزول المانع كيف لو ثبت
الهداية باذن الولي لم يبق الولي وليا بعده مع انه ولي ايضا كما كان قلنا بقاء ولايته
بعد ثبوت الهداية للصبي بالاذن لامرين احدهما للنظر للصبي فان الصبا من اسباب المرحمة
والثاني لاحتمال تبدل حال الصبي من الهداية الى غيرها فابقينا ولاية الولي ليتدارك
ذلك فاذا اذن للصبي في التجارة ابوه او جده عند عدمه اي عدم الاب يشير به
الى ان المراد بالجد ههنا اب الاب او وصي احدهما اي وصي الاب او الجد وهذا

الترتيب ليس بمراد لان وصي الاب مقدم على الجد فالاولى ان يقول ابوه او وصيه او جده
او وصيه او القاضي ووصي القاضي مثل القاضي عند عدم القاضي ثم الوالي والمراد بالوالي
ههنا امير كبير له تقليد القضاء لا امير البلدة هكذا ذكره في العناية وقدم الوالي في الزيلعي
على القاضي وهو الظاهر وما عدا هذه الاولياء من العصبة وغيرها كالعم والاخ والام
ووصيتها وصاحب الشرط اي امير البلدة لا يصح اذنهم للصبي لانه ليس لهما ان يتصرفوا
في مال الصبي تجارة فكذا لا يملكون الاذن له فيها والاول يملكون التصرف في ماله تجارة
فكذا يملكون الاذن له فيها فحكمه اي حكم الصبي الماذون له حكم العبد الماذون
في نفوذ تصرفه وغيره من الاحكام على ما ذكرناه في اول الفصل وغيرها بشرطان
يعقل الصبي كون البيع سالبا للملك اي المبيع والشراء جالبا له اي للملك اعني
المبيع فلو اقر بما في يده من كسبه بان يقول ان ما في يدي من الكسب غصبته من
فلان او وديعة فلان او انه استهلك مال فلان ولزمني كذا درهما او ارثه بان
يقول ان ما ورثته من ابي لفلان صح لانه باذن الولي التحق بالبالغ فصح اقراره والمعتوه
الذي يعقل البيع والشراء بالمعنى المذكور بمنزلة الصبي فيصير ماذونا باذن الاب
ووصيه والجد ووصيه والوالي والقاضي دون غيرهم من الاقارب وصح اذن
الوصي او القاضي لعبد اليتيم وكذا للصغير نفسه ان ياذن لعبده وكذا المعتوه
كذا في الزيلعي

مطلب صح اذن الوصي او القاضي لعبد اليتيم وكذا للصغير نفسه ان ياذن لعبده

كتاب الغصب

هو ازالة اليد المحقة اي التي لها
حق باثبات اليد المبطلة في مال متقوم محترم قابل للنقل بغير اذن مالكه وهذه
القيود لا بد منها في تعريف الغصب ثم الاصل هو الازالة لا الاثبات حتى لا يضمن
الغاصب زوايد المغصوب وثمرة البستان اذا هلكت بغير صنع وتعدٍّ لعدم
ازالة يد المالك لان الازالة لا بد فيها من الصنع وان كان فيها اثبات الايد المبطلة
ولا يضمن ايضا ما ضاع مع المغصوب بغير صنعه كما اذا غصب دابة فتبعها اخرى
او ولدها فهلكت لا يضمن التابع لعدم ازالة يد المالك ايضا لعدم صنعه فيه
وكذلك لو حبس المالك نفسه عن مواشيه حتى ضاعت لا يضمن لعدم ازالة

ازالة يد المالك ولعدم اثبات اليد المبطلة ايضا وكذا لا يضمن غير المتقوم كالخمر
والخنزير وغير المال المحترم كمال الحربي في دار الحرب ولا ما لا يقبل النقل كالعقار
هذا عند ابي ح وابي يوسف وقال محمد الغصب هو تفويت يد المالك لا غير والمراد
بالازالة هي الازالة علنا ليخرج السرقة والمراد باليد يد المالك ليخرج يد المرتهن
والمستعير كذا في شرح النقاية وقال الشافعي هو اثبات يد العدوان لا غير حتى
يجري الغصب والضمان في العقار عندهما لصدق تعريفهما عليه ولا يجري في
زوايد الغصب عند محمد لعدم صدق تعريفه عليه ويجري عند الشافعي لصدق
تعريفه عليه وسيظهر لك تفصيله فاستخدام العبد ولو مشتركا وحمل الدابة
ولو مشتركة غصب حتى لو هلكا ضمن القيمة ونصيب الشريك لوجود ازالة اليد المحقة
واثبات المبطلة وكذا لو ارسل العبد في خدمته بغير رضى مالكه او ركب الدابة او ساقها
بغير رضى صاحبها يضمن لما ذكرناه وفي الذخيرة ركب دابة غيره فتلفت ضمن ساقها
او لم يسقها في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يضمن اذا ساقها وكذا لو وضع شيئا
في طريق المسلمين فتلف منه شيء ضمن ان لم يزل عن موضعه لما في ضمانات الفصولين
وضع في طريق لا يملكه شيئا فتلف به شيء ضمن ولو زال ذلك الشيء الى موضع آخر
فتلف به شيء برئ واضعه والاصل فيه كل موضع كان للواضع حق الوضع فيه
برئ على كل حال ولو لم يكن له حق الوضع ضمن لو لم يزل عن محل وضعه لا بعد ما زال
عنه بمزيل كوضع جمرة في طريق فازالها الريح عن محلها فاحرقت شيئا لا يضمن الواضع
وهذا لانه قبل زوال المزيل تحقق فيه الغصب لا بعده وكذا لو ربط حمارا في طريق المسلمين
فاصاب ذلك الحمار دابة انسان ضمن لان ربطه جناية كذا في العمادية وقال العمادي
نقلا عن فتاوى رشيد الدين اذا امر عبد غيره بالاباق او قال له اقتل نفسك
ففعل العبد ذلك يجب عليه قيمة العبد ولو قال له اتلف مال مولاك فاتلف لا يضمن
الآمر وهذا لانه بامره بالاباق او القتل صار غاصبا لانه استعمله في ذلك الفعل
اما بالامر باتلاف مال المولى لا يصير غاصبا لمال المولى وانما يصير غاصبا للعبد والعبد

المغصوب قائم لا هالك فلا يضمن شيئا وفي غصب الصغرى من استعمل عبد الغير بغير رضاه
وهلك من ذلك العمل يضمن وكذا لو كان ذلك العبد وديعة عند المستعمل وذكر في قسمة
الصغرى عبد بين اثنين استخدمه احدهما بغيبة صاحبه فمات في خدمته لا يضمن وفي
الدية يضمن وفي نوادر هشام انه يضمن في العبد ايضا وذكر في بعض اصول الفقه ان
التصرف في الجارية المشتركة لا يوجب الضمان كالاستخدام وان كان لا يحل له وطؤها
وقال صاحب الذخيرة من استعمل عبدا مشتركا او حمارا مشتركا بينه وبين غيره يضمن
نصيب شريكه ولو استعمل عبد غيره بغير امره وهلك يضمن قيمته سواء علم انه عبد الغير
او لم يعلم وكذا لو قال العبد اني حر فاستعمله ثم ظهر انه عبد يضمنه علم او لم يعلم وكذا لو
قال اني عبد فاستعملني في عمل فاستعمله وهلك من ذلك العمل وظهر انه عبد يضمن
علم او لم يعلم ولكن هذا اذا استعمله في عمل نفسه واما اذا استعمله في عمل غيره لا يضمن
لانه لا يصير به غاصبا كما لو قال العبد الغير ارتق هذه الشجرة وانثر المشمش لنأكله انت
فسقط وهلك لا ضمان على الآمر ولو قال لنأكله انت وانا افتى قاضيخان انه يضمن قيمة العبد
كله لانه استعمل كله في منفعته وقال صاحب المحيط في غلام حمل كوز ماء لينقل الى بيت مولاه
باذنه فدفع اليه رجل كوزه ليحمل ماء له من الحوض بغير اذن المولى فهلك العبد في الطريق
يضمن ذلك الرجل نصف قيمته ثم قال انه يضمن كل قيمة العبد كما قال في قاضيخان في المسئلة
المذكورة من قبل وعلله صاحب بانه فعل ذلك الرجل صار ناسخا لفعل المولى فيصير
غاصبا كل العبد ولو امر عبد غيره باستهلاك مال انسان فاهلك فالمولى يضمن ثم
يرجع على الآمر لان الآمر صار مستعملا للعبد فصار غاصبا له وكذا لو امر صبيا باستهلاك
مال انسان فالصبي يضمن ما اتلفه ويرجع على الآمر بقي انه لو استعمل عبد غيره
بغير رضاه وفرغ من الاستعمال وتركه في مكانه الذي اخذه منه ثم هلك العبد فهل
يضمن ام لا قالوا ينبغي ان يكون الجواب فيه كالجواب فيما اذا غصب دابة رجل من الاصطبل ثم
ردها الى الاصطبل ولم يردها على المالك فيه روايتان في رواية يبرأ وفي رواية لا يبرأ فكذلك
في العبد اذا استعمله في غيبة المالك بغير رضاه وان استعمله بحضرة المولى فما لم يرده

لم يرده الى المالك لا يبرأ البتة كما لو غصب من يد المالك بقي انه اذا غصب عبدا ومعه ثياب
ومال المولى فهل يكون غاصبا للمال والثياب ايضا قالوا نعم لان الثياب والمال تابع
للعبد وقد وجد فيه ازالة اليد المحقة ايضا بخلاف ما اذا غصب حرا ومعه مال فانه
لا يكون غاصبا للمال لانه تحت يد الحر فلم يزل اليد المحقة وبخلاف ما اذا غصب دابة وتبعها
ولدها فانه لا يضمن الولد كما ذكرناه من قبل لا الجلوس على البساط لعدم ازالة اليد
المحقة لان الجلوس عليه ليس بتصرف فيه ولهذا لا يرجح بالجلوس عليه على المتعلق به عند
تنازع الرجلين فلم يصر بالجلوس عليه في يده والبسط فعل المالك فتبقى يد المالك فيه
ما بقي اثر فعله لعدم ما يزيل يده بالنقل والتحويل اذ لم يوجد النقل والتحويل من الغاصب
فلم يوجد فيه ازالة اليد المحقة واثبات اليد المبطلة وحكمه اي حكم الغصب الاثم لمن
علم والا فلا اثم لان الخطا موضوع ووجوب رد عينه في مكان غصبه ان كانت العين
باقية مثلية كانت او قيمية ولو بعد الابراء عنه والضمان لو هلكت العين اما وجوب
الرد فلانه حق العبد فيستوجب الرد واما رده في مكان غصبه لان المالية تختلف
باختلاف الاماكن ولهذا تتفاوت القيمة به حتى لو كانت قيمته في بلدة الخصومة اقل
من قيمته في بلدة الغصب يكون للمغصوب منه خيارات ثلاث ان شاء انتظر وان شاء
رضي به وان شاء اخذ قيمة المغصوب في مكان الغصب يوم الخصومة على ما في العمادي
واما رد عينه ما دامت العين باقية فلان رد العين هو الموجب الاصلي على ما قالوا لانه
اعدل واكمل في رد الصورة والمعنى ورد القيمة او المثل مخلص له فيصار اليه عند تعذر
الاصل وهو رد العين فما امكن رد العين بان كانت باقية يطالب به حتى لو اتى بالقيمة
او المثل لا يعتد به لكونه قاصرا ولهذا يبرأ الغاصب برد العين من غير علم المالك بان
سلمه اليه من جهة اخرى كما اذا وهبه له او اطعمه اياه فاكله المالك ولا يدري انه ملكه ولو لم
يكن هو الواجب الاصلي ما برأ الا اذا علم وقبضه عنه كما في قبض المثل والقيمة وقيل الموجب
الاصلي هو المثل والقيمة ورد العين مخلص ولهذا لو ابرأه عن ضمانها او عن دعواها
حال قيام عين المغصوب يصح ويبقى العين امانة في يد الغاصب والابراء عنها وعن دعواها

محمول على الابراء عن ضمانها حتى لا يجب عليه الضمان بعده بالهلاك ويصح دعواه بعد الابراء
مادام باقيا والابراء عن العين لا يصح قد لان الواجب هو المثل والقيمة لا العين
وكونه لا يصار اليه مع القدرة على رد العين مسلم ولكنه لا يقتضي كونه موجبا اصليا
الا ترى ان الموجب الاصلي هو الظهر والجمعة خلف عنه مع انه لا يصار الى الظهر الا عند
تعذر الجمعة فلو كان الامر ما ذكرتم لزم ان تكون الجمعة موجبا اصليا وانما يبرأ الغاصب
بالتسليم الى المالك من غير علمه لتعينه لان حقه متعين بالعين بخلاف المثل والقيمة
لان حقه متعين بالعين بخلاف المثل والقيمة لان حقه غير متعين في المقبوض بل حقه
في مثله او قيمته من اي عين كان وذلك لا يتعين الا باتفاقهما لاختلاف الناس في معرفة
الامثال والقيم ولا كذلك العين لان حقه متعين فيها فباي طريق وصل نائب عن الواجب
عليه ففي المثلي قال في الدرر والمراد بالمثلي ما يوجد له مثل في الاسواق بلا تفاوت بين
اجزائه يعتد به وما لا يكون فهو قيمي ثم المثلي قد يكون مصنوعا بحيث يخرجه الصنعة
عن المثلية بجعله نادرا بالنسبة الى اصله كالقمقمة والقدر والابريق فيكون قيميا
وقد يكون مصنوعا بحيث لا يخرجه الصنعة عن المثلية لبقاء كثرته وعدم تفاوته
كالدراهم المضروبة والدنانير انتهى فظهر منه ان اختلاف الضربة لا يخرج المضروب من المثلية
بعد ان يتحد الجنس كالكيلي والوزني والعددي المتقارب يجب مثله لان الواجب هو
المثل لقوله تع فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم والمثل اذا اطلق ينصرف
الى ما هو مثل صورة ومعنى ولان المثل صورة ومعنى اعدل لما فيه من مراعات الجنسية
والمالية لان الحنطة مثلا مثل الحنطة جنسا ومالية الحنطة المؤداة مثل مالية الحنطة
المغصوبة وان كان فيها جودة لان الجودة ساقط العبرة في الربويات فكان اعطاء
المثل ادفع للضرر فان الغاصب فوت على المغصوب منه الصورة والمعنى فالجبر التام
ان يتدارك بما هو مثل صورة ومعنى مثل المثلي بالكيلي والوزني والعددي المتقارب واطلقه
وقال في العمادي نقلا عن ابي اليسر ليس كل مكيل ولا كل موزون مثليا انما المثلي من المكيلات
والموزونات ما هي متقاربة واما ما هو متفاوت فليس بمثلي فكان الكيلي والوزني والعددي

تعريف المثلي والقيمي

والعددي سواء في اعتبار التقارب وهكذا ذكره في الفصولين ايضا ثم قال وفي الزرعيات
يجب ان يكون كذلك وقالوا وبين السويق والسويق تفاوت فاحش بسبب القلي فصار
كالخبز فلا يكون امثالا متساوية واختلفوا في الخبز قيل انه من المثليات وقال في قاضيخان
في جامع الصغير انه من القيمي في ظاهر الرواية وفي غصب الذخيرة استثنوا مشايخنا
من الموزونات الناطف المبزر والدهن المربى وقالوا الضمان القيمة فيهما لان الناطف
متفاوت بتفاوت البزر وكذلك الدهن المربى وذكر صاحب المحيط في جامع الصغير
العدديات المتقاربة كلها من ذوات الامثال كيلا وعددا ووزنا وعند زفر العدديات كلها
من ذوات القيم وما يتفاوت احاده في القيمة فهو عددي متفاوت فليس بمثلي وما لا
يتفاوت احاده وانما يتفاوت انواعه كباذنجان فهو متقارب مثلي فعلى قياس
هذا ينبغي ان يكون البصل والثوم مثليين وذكر شيخ الاسلام في المبسوط انهما من
العددي المتفاوت وصغير البيض وكبيره سواء بعد ان كان من جنس واحد
وذكر رشيد الدين النحاس من ذوات القيم وان كان وزنيا وذكر شيخ الاسلام الاسبيجابي
في شرحه والصحيح ان النحاس والصفر مثليات وذكر في العمادي اللبن من ذوات الامثال
واللحم مثلي عندهما قيمي عند ابي ح والتفاح والكمثرى والخوخ مثلي لانها عددي
متقارب والعنب مثلي وكذا الزبيب والتمر وقيل العنب قيمي والخل والعصير مثليات
وكذا الدقيق والنخالة والجص والنورة والقطن والصوف وغزله والتبن بجميع
انواعه مثلي وقال فيها ايضا الرياحين الرطبة والبقول والخشب واوراق الاشجار
والحطب والحصير والبواري والادم والصرم والجلود كلها من ذوات القيم
ولهذا لا يكون السلم فيها وكذا لا يجوز استقراضها واما الرياحين اليابسة
التي تكال او يوزن فمضمونة بالمثل عند فيجوز السلم والقرض فيها والدرة
من ذوات القيم تدل عليه مسائل ذكرها في غصب قاضيخان حيث قال وكذا الدجاجة
اذا ابتلعت لؤلؤة وقيمتها سواء فان كانت قيمة اللؤلؤة اكثر كان لصاحب
اللؤلؤة ان يتملك الدجاجة بقيمتها ولو اراد صاحب الدجاجة ان يعطي قيمة

اللؤلؤة كان له ذلك ثم قال بعد ورقة رجل ابتلع درة رجل ومات فان ترك
مالا يعطى الضمان من تركته وان لم يدع لا يشق بطنه وان كان حيا يضمن قيمتها
ولا ينتظر الى ان يخرج فان انقطع المثل في المثليات اي عن ايدي الناس وقيل عن
الاسواق التي يباع ذلك فيه يجب قيمته اي قيمة المتلف المثلي يوم الخصومة
عند ابي ح لان الواجب عليه بالغصب هو المثل وهو باق في ذمته ما لم يقض القاضي
بالقيمة ولهذا لو صبر الى ان يعود المثل كان له ذلك وانما ينتقل الى القيمة
بالقضاء حتى لا يعود الى المثل بوجوده بعد القضاء بالقيمة وتعتبر قيمته وقت
الانتقال من المثل اليها وهو وقت الخصومة وعند ابي يوسف يوم الغصب
لان المثل لما انقطع التحق بذوات القيم وفيها تعتبر القيمة يوم الغصب فكذا
فيما التحق بها وهذا لان القيمة خلف عن المثل في المثليات والخلف يجب بما يجب به
الاصل فوجب القول بوجوبها بالغصب كالمثل وعند محمد يوم الانقطاع
لان المثل لما كان هو الواجب في المثلي بالغصب لا ينقل منه الى القيمة الا بالعجز عن
الاصل والعجز عنه يحصل بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع واختلف في
التصحيح والاختيار وصحح صاحب الخزانة والتحفة قول ابي ح وقال صاحب النقاية
والنهاية قول ابي يوسف اعدل الاقوال وهو المختار وفي التتارخانية وعليه الفتوى
وفي شرح النقاية افتى كثير من المشايخ بقول محمد ولم يذكر المصنف انه هل يلزم ذكر
مكان الغصب عند الدعوى ففيه تفصيل قال في العمادي غصب شيئا فطالبه
ربه في بلد آخر فان كان المغصوب قائما فالمغصوب منه يأخذه مثليا كان او قيميا
الا اذا كانت قيمته في بلدة الخصومة اقل من قيمته في بلدة الغصب فح يكون للمغصوب
منه خيارات ثلاث ان شاء انتظر وان شاء رضي وان شاء اخذ قيمة المغصوب
في مكان الغصب يوم الخصومة وان كان المغصوب هالكا ففي غير المثلي للمغصوب
منه قيمته في بلدة الغصب يوم الخصومة وفي المثلي الجواب على التفصيل ان تساوى
القيمة في البلدتين يطالبه برد المثل وان كانت القيمة في بلدة الغصب اكثر فللمالك

فللمالك خيارات ثلاث ان شاء رضي بالمثل وان شاء طالب بقيمته في بلدة الغصب
يوم الخصومة وان شاء انتظر وان كانت قيمته في بلدة الغصب اقل فالغاصب بالخيار
ان شاء اعطاه المثل وان شاء اعطاه القيمة في بلدة الغصب او في مكان الغصب
يوم الخصومة الا اذا رضي المالك بالتاخير ويكون له ذلك فعلى هذا ينبغي ان
يذكر في دعوى غصب المكيل والموزون سوى الدراهم والدنانير مكان الغصب حتى
يعلم انه هل له ولاية المطالبة ام لا هكذا ذكره نقلا عن الذخيرة ثم ذكر عن عدة
المفتين انه اذا ادعى الوديعة لا بد من ذكر موضع الايداع انه في اي مصر سواء
كان له حمل ومؤنة ام لا وفي دعوى الغصب اذا لم يكن له حمل ومؤنة لا يشترط
بيان موضع الغصب وفي القيمي كالعددي المتفاوت والبر المخلوط بالشعير
تجب قيمته يوم الغصب اجماعا لانه تعذر اعتبار المثل صورة ومعنى لعدم المثل
فوجب اعتبار المثل معنى وهو القيمة لانها تقوم مقامه ويحصل بها مثله
وانما اعتبر يوم الغصب فيه لان القيمة وجبت بالغصب فاعتبر فيه زمان انعقاد
السبب فان ادعى الغاصب الهلاك اي هلاك المغصوب حبس اي حبسه القاضي
حتى يعلم انه اي المغصوب لو كان باقيا لاظهره ثم يقضي عليه البدل اي المثل في
المثلي والقيمة في القيمي وهذا لان حق المالك ثابت في العين لانه الموجب الاصلي مطلقا
على ما بيناه فلا يقبل قوله فيه حتى يغلب على الظن انه صادق في قوله وليس
لحبسه حد مقدر بل مفوض الى راي القاضي كحبس الغريم في الدين ولو ادعى الغاصب
الهلاك عند صاحبه بعد الرد عليه وعكس المالك واقاما البينة فبينة الغاصب
اولى عند محمد لانها تثبت الرد وهو عارض والبينة لمن يدعي العوارض وعند ابي
يوسف بينة المالك اولى لانها تثبت وجوب الضمان والاخر منكر والبينة
للاثبات كذا في الزيلعي والغصب انما هو فيما ينقل اي لا في العقار من الدار والضيعة
وهذا لان الغصب ازالة اليد المحقة على ما تقدم والازالة لا تتحقق بدون
النقل ولا نقل في العقار فلا غصب فيه ايضا فلو غصب عقارا فهلك في يده

بغير صنعه لا يضمن هذا عند ابي ح وابي يوسف خلافا لمحمد قال يضمن لتحقق الغصب
في العقار وهو قول زفر والشافعي والقول الاول عن ابي يوسف واحتجوا بان الغصب
تحقق بوصفين باثبات يد العدوان وازالة اليد المحقة وذلك ممكن في العقار
لان اثبات اليدين المتدافعين على شيء واحد لا يمكن لتعذر اجتماعهما فيه فاذا ثبت
يد العدوان للغاصب في العقار انتفت اليد المحقة للمالك ضرورة لان اليد عبارة عن
القدرة على التصرف وعدم اليد عبارة عن عدم القدرة عليه فكانت في يد الغاصب لا في يد
المالك لما ذكر فيضمن به الهلاك كما يضمن المنقول ولهما ان الغصب تصرف في المغصوب
باثبات يده وازالة يد المالك ولا يكون ذلك الا بالنقل والعقار لا يمكن نقله وتحويله
واقصى ما يمكن فيه اخراج المالك عنه وذلك تصرف في المالك لا في العقار نفسه فلا يتحقق
فيه الغصب والضمان كما اذا ابعد المالك ومنع عن مواشيه حتى ضاعت المواشي
لا يضمن لعدم تحقق الغصب فيه بخلاف ما لو منع المواشي عن المالك فانه يضمن
بالهلاك لتحقق الغصب ح وكذا لو حبس رجلا حتى ضاعت ماله لا يضمن ولو
حبس ماله من صاحبه يضمن على ما في الفصولين وما نقص منه اي من العقار
بفعله اي بفعل الغاصب كسكناه ويدخل فيه ما اذا انهدمت الدار سكناه وعمله
بان كان عمله الحدادة او القصارة فوهنا جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضمونا
عليه بالاتفاق بخلاف ما اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا سكناه
وعمله بل بآفة سماوية من الحرق بالنار والغرق بالسيل والانهدام بالزلزلة
فانه لا ضمان عليه عند ابي يوسف وزرعه في الارض المغصوبة ضمنه اي النقصان بالاتفاق
اما على قول محمد وزفر والشافعي فظاهر واما على قول ابي ح وابي يوسف فلانه اتلاف
والعقار يضمن بالاتلاف بالاتفاق كما اذا نقل ترابه ولا يشترط في ضمان الاتلاف
ان يكون في يد المتلف الا يرى ان الحر يضمن بالاتلاف بلا يد للمتلف فيه بخلاف ضمان
الغصب فانه لا يضمن الا بالحصول في يد الغاصب واختلف في تفسير النقصان
قال نصير بن يحيى انه ينظر بكم يستاجر هذه الارض او الدار قبل الاستعمال وبعده

وبعده فيضمن ما تفاوت بينهما من النقصان وقال محمد بن سلمة يعتبر ذلك بالشراء
لا بالاجارة يعني ينظر بكم تباع قبل الاستعمال وبعده فنقصانها ما تفاوت من
ذلك فيضمنه وفي الزيلعي وهو الاقيس لان العبرة لقيمة العين دون المنفعة وذكر
في النهاية ان محمد بن سلمة رجع الى قول نصير ويأخذ الغاصب راس ماله وهو
البذر وما غرم من النقصان وما انفق على الزرع ويتصدق بالفضل حتى اذا غصب
ارضا فزرعها كرين فخرجت ثمانية اكرار ولحقه من المؤنة والنفقة قدر كرين
فانه يأخذ من الخارج اربعة اكرار ويتصدق بالباقي لانه حصل بسبب خبيث وهو
التصرف في ملك الغير فيكون سبيله التصدق هذا عند ابي ح ومحمد وعند
ابي يوسف لا يتصدق به لان الزيادة حصلت في ضمانه وملكه لان ما ضمن من الفائت
يملكه باداء الضمان والمضمونات تملك باداء الضمان عندنا مستندا الى وقت وجود
السبب وهو الغصب فتبين ان الفضل حصل في ملكه اذ الخراج بالضمان فلا يتصدق
وكذا لو استغل الغاصب العبد المغصوب وذلك بان اجره فنقصه الاستغلال
بان كان مهزولا او اجر المستعير المستعار او المودع الوديعة ونقص الاستغلال
والايجار العبد والمستعار والوديعة يضمن الغاصب النقصان الحاصل من ايجاره لانه
دخل المغصوب بجميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب عليه
رد قيمته ونقصان وصفه مما تعذر فيه رد عينه فوجب رد قيمته وما فضل من
الغلة والاجرة تصدق به كما تصدق بالربح فيما اذا تصرف في المغصوب او الوديعة
والعارية بالبيع وربح فيه فانه يتصدق بالربح لما مر في المسئلة الاولى من انه
حصل بسبب خبيث فسبيله التصدق قال في الهداية والكنز يتصدق بالغلة
واعترض عليه الزيلعي بانه كان ينبغي ان يتصدق بما زاد على ما ضمن من النقصان
عندهما لا بالغلة كما في مسئلة الاولى ولهذا عدل المص عن عبارتهما الى قوله وما فضل
من الغلة والاجرة تصدق به هذا عند ابي ح ومحمد خلافا لابي يوسف فان عنده
لا يتصدق بما ذكرناه في المسئلة الاولى ولو هلك العبد في يد الغاصب بعد الاستغلال

وضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان بالاتفاق اما عند ابي يوسف فظاهر واما
عندهما فلان الخبث لاجل المالك حتى لو ادى الى المالك الغلة مع العبد يحل له التناول
الى الغلة فاذا ضمن له زال الخبث بالضمان بخلاف ما اذا باع الغاصب العبد فهلك في يد
المشتري ثم استحق وغرمه المشتري فليس للغاصب ان يستعين في اداء الثمن الى
المشتري بالغلة لان الخبث ما كان لاجل المشتري حتى يزال بالاداء اليه الا اذا لم يجد الغاصب
غير الغلة لانه يحتاج اليها فله ان يصرفه الى حاجة نفسه كما ان له التصدق الى نفسه اذا
كان فقيرا محتاجا اليها ثم جواب الامامين في الوديعة اظهر من جواب ابي يوسف لانه
لا يستند الملك الى ما قبل التصرف في الوديعة لانعدام سبب الضمان قبله فكان التصرف
في غير ملكه مطلقا فيكون الربح خبيثا ثم الخبث في الربح يتحقق والا تناولته الايدي
ولهذا قال في الهداية ومن غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالفين
جارية فباعها بثلاثة الاف فانه يتصدق بجميع الربح عندهما وان تصرف في الغصب
او الوديعة بالبيع فربح وهو على وجوه اشار الى تفصيلها وهما اي المغصوب والوديعة
وكذا العارية يتعينان بالتعيين كالعروض تصدق بالربح عندهما يعني لو غصبت شيئا مما
يتعين بالتعيين او اودع رجل عنده شيئا منه فباعه وربح فيه بان باعه باكثر من قيمته
يتصدق الربح لانه لا يحل له التناول من ذلك الشيء قبل ضمان قيمته وبعد الضمان
يحل له التناول الا فيما زاد على قدر قيمته وهو المراد بالربح المذكور هاهنا فيتصدق
به لانه حصل بسبب خبيث فسبيله التصدق خلافا له اي لابي يوسف ايضا
وقد تقدم وجهه ايضا وان كانا لا يتعينان كالنقدين يعني غصب درهما
او دينارا او اودع رجل عنده درهما او دينارا فتصرف فيهما بان اشترى بهما
شيئا فان اشار اليهما اي الى النقدين المغصوب او النقد الوديعة وقت العقد
ونقدهما فكذلك اي يتصدق الربح لان الاشارة وان لم يفد التعيين فيما لا يتعين
الا ان نقدهما بعد الاشارة اليهما بعينهما فيتحقق الخبث بالنقد فيتصدق
وان اشار الى غيرهما ونقدهما او اشار اليهما ونقد غيرهما او اطلق وقت

وقت العقد ونقدهما طاب له الربح اتفاقا قيل وبه يفتى وهو قول الكرخي
والمختار انه اي الربح لا يطيب مطلقا اي في الوجوه الاربعة كلها اعلم ان تصرف
الغاصب في المغصوب اما بالاستغلال والايجار او بالبيع فان كان الاول فسبيله
التصدق عندهما كما تقدم وان كان الثاني فاما ان يكون المغصوب مما يتعين
بالتعيين او مما لا يتعين فان كان الاول فسبيله التصدق ايضا عندهما كما تقدم
وان كان الثاني فهو على اربعة اوجه على ما ذكره الكرخي والهداية والمبسوط وغيرهم
وذكر في العناية نقلا عن المبسوط وجها خامسا وهو ان الغاصب دفع الى البايع
تلك الدراهم المغصوبة اولا ثم اشترى منه بتلك الدراهم ففي الوجه الاول من
هذه الوجوه الخمسة اعني ان يشار اليهما ونقدهما وفي الوجه الاخير لا يطيب له الربح
ويطيب في الوجوه الثلاثة الباقية على قول الكرخي وقالوا الفتوى اليوم على قوله
دفعا للحرج عن الناس ووجهه ان الاشارة لا تفيد فيما لا يتعين فكان وجودها وعدمها
سواء لا تؤثر وحدها في تحقق الخبث بل لا بد ان يتاكد بالنقد حتى يتحقق الخبث
ففي الاول لما تاكد الاشارة بالنقد تحقق الخبث فلزم التصدق وفي الوجه الخامس
لما دفع تلك الدراهم اولا الى البايع ثم عقد تحقق الخبث بذلك ايضا بالنقد تحقق
الخبث فلزم التصدق وفي الوجه الخامس لما دفع تلك الدراهم اولا الى البايع ثم عقد
تحقق الخبث بذلك ايضا لتعين تلك الدراهم بالثمنية ح واما الوجوه الثلاثة
الباقية فلم يتاكد الاشارة بالنقد فلم يتحقق الخبث فيطيب له الربح قال فخر الاسلام
قال مشايخنا لا يطيب له الربح مطلقا قبل الضمان ولا بعد الضمان في الوجوه كلها وهو المختار
لاطلاق الجواب في الجامعين والمبسوط وذلك لانه اذا نقد منها ولم يشر اليها فسلامة
المبيع له حصلت بهذه الدراهم المغصوبة فثبت شبهة الخبث في الربح وان اشار
اليها ونقد من غيرها فاعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الاشارة فتمكن شبهة
الخبث ايضا وكذا ان اطلق نقدهما لحصل شبهة الخبث واما في الوجه الاول والخامس
فثبوت الخبث فيهما لما ذكرناه من قبل فاستوت الوجوه كلها في الخبث ولزوم التصدق

وعلى هذا دراهم الوديعة ايضا ولو اشترى بالف الغصب او الوديعة جارية تعدل
الفين فوهبها او اشترى بالف الغصب او الوديعة طعاما فاكله لا يتصدق بشيء بالاتفاق
لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس بان يصير الاصل وما زاد عليه دراهم او دنانير ولو يصر
ههنا كذلك فلا يظهر الربح حتى يتصدق **فصل** في بيان ما يتغير به المغصوب
ويزول به ملك المالك اي المغصوب منه وان غير الغاصب ما غصبه بالتصرف فيه ولو
باختلاطه ملكه بحيث لا يتميز اصلا او بحرج بخلاف ما اذا غصب صبيا فصار ملتحيا عنده
فانه اخذه من الغاصب بلا ضمان اذ لا تغيير منه بالتصرف فيه وبخلاف ما اذا غصب العنب
وصار زبيبا بنفسه او غصب الحليب وصار لبنا بنفسه او غصب العصير وصار خلا
او الرطب تمرا بنفسه فان المالك فيه مخير ان شاء اخذه وان شاء تركه وضمنه فزال
اسمه احترز به عما اذا غصب شاة فذبحها فانه لم يزل بالربح المجرد ملك مالكها لانه
لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة كما يقال شاة حية وعما اذا غصب كاغدا فكتب عليه
لانه لم يزل اسمه وعظم منافعه قيل ذكره ليتناول الحنطة اذا غصبها وطحنها فان
المقاصد المتعلقة بعين الحنطة كجعلها هريسة وكشكا ونشاء وبذرا وغيرها تزول
بالطحن والظاهر انه تاكيد لما قبله فان الحنطة اذا طحنت زال اسمها ويقال دقيق لا حنطة
ويمكن ان يقال ذكره احترازا عن دراهم فسبكها بلا ضرب فانه وان زال اسمه لكن
يبقى اعظم منافعه ولذا لا ينقطع حق المالك عنه كذا في المحيط وغيره ضمنه وملكه
بتقرر الضمان عليه كما هو المتبادر واليه ذهب المتقدمون من اصحابنا وقال بعض المتاخرين
منهم انه ملكه بالغصب عند اداء الضمان نقله شارح النقاية عن المبسوط قال في الكفاية
نقلا عن الايضاح وفي شرح النقاية نقلا عن النهاية انه اذا غير المغصوب بفعله بحيث
يزول اسمه ضمنه وملكه على وجه لو ابى المالك اخذ القيمة واراد اخذ المغير لم يكن له ذلك
لان الملك قد زال عنه بل له اخذ القيمة ثم نقل شارح النقاية عن مفتي الثقلين ان الصحيح
عند المحققين من مشايخنا ان الغاصب لا يملكه بمجرد ذلك الا عند تراضي الخصمين بالضمان
او بقضاء القاضي بذلك وباداء البدل كذا في الذخيرة ولا يحل انتفاعه به اي بالمغصوب المغير

المغير وان كان قد ملكه بتقرر الضمان عليه او بالغصب عند اداء الضمان على الاختلاف السابق
قبل اداء الضمان لقوله صلى الله عليه وسلم في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها
اطعموها الاسارى فان الامر بالتصدق افاد زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضا
والحديث مشهور ومعنى المصلية المشوية ولانه لو حل الانتفاع به يلزم منه فتح باب
الغصوب وفي منعه حسم مادته فيمنع عن الانتفاع به قبل اداء البدل او حكم الحاكم بالقيمة
او تراضيهما على مقدار فان وجد واحد من هذه الثلاثة حل الانتفاع والا فلا وعن ابي يوسف
في الحنطة المزروعة والنواة المزروعة يحل له الانتفاع قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك
من كل وجه ولا يتصدق بالفضل عندهما كما تقدم كشاة ذبحها وطبخها او شواها او قطعها
قيل لا ينقطع بالقطع حق المالك وقيل ينقطع والمختار هو الاول وبر طحنه او زرعه ودقيق
خبزه وعنب او زيتون عصره وقطن غزله وغزل نسجه وحديد جعله سيفا وصفر
جعله اينة وساجة او لبنة بني عليهما اي على الساجة واللبن المغصوبين والساجة بالجيم
خشبة للاساس هذا كله مذهبنا وقال الشافعي وهو رواية عن ابي يوسف لا ينقطع حق
المالك عن العين المغصوبة بذلك غير ان ابا يوسف قال انه اذا اختار العين لا يضمنه
النقصان في الاموال الربوية كالدقيق مثلا لانه يؤدي الى الربوا اذ الدقيق عين الحنطة
من وجه لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا في احداث ما لم يكن موجودا وتفريق الاجزاء
لا يبدل العين كالقطع في الثوب وقال الشافعي يضمنه لان على اصله تضمين النقصان
مع اخذ العين في الاموال الربوية جائز وهو رواية عن ابي يوسف ايضا وعنه ايضا
انه يزول ملكه عنه ولا يسقط عنه حقه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته
وللشافعي ان بقاء العين المغصوبة يوجب البقاء على ملك المالك لان الواجب الاصلي في
الغصب رد العين عند قيامه ولولا بقاؤه على ملك المالك لما كان كذلك والعين باقية
ههنا على ما هو المفروض فتبقى على ملكه وتتبعه الصفة الحادثة بالغصب والتغيير في البقاء
لانها تابعة للاصل كما اذا هبت الريح في حنطة والقتها في طاحونة فطحنت فان الدقيق
يكون لمالك الحنطة فكذلك هذا فان قيل هذا القياس فاسد لانه تخلل في صورة النزاع

فعل الغاصب دون هذه المسئلة اجيب بانه لا معتبر بفعل الغاصب لانه محظور فلا يصلح
سببا للملك لان الملك نعمة من نعم الله تعالى والمحظور شرعا نقمة والنقمة لا تصير
سببا للنعمة فصار وجوده كعدمه فصارت صورة النزاع مثل المقيس عليه اعني مسئلة
الطاحونة وصار ايضا كما اذا ذبح شاة مغصوبة وجعلها عضوا عضوا فان المالك
ياخذها لبقاء ملكه فان فعل الغاصب فيها ليس للملك لكونه محظورا ولنا انه احدث
صنعة متقومة لان قيمة الشاة تزداد بطبخها وشيها وكذلك قيمة الحنطة
تزداد بجعلها دقيقا واحداثها جعل حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه تبدل
الاسم وفات معظم المقاصد وحق الغاصب في هذه الصنعة قائم من كل وجه وهو
قائم من كل وجه مرجح على الهالك من وجه فينقطع حق المالك بالشي والطبخ
والطحن وغيرها من الاحوال المذكورة وهذه الصنايع لها جهتين جهة تفويت
يد المالك عن المحل وهي من هذه الجهة بخلاف الشاة المذبوحة بدون الطبخ او الشي
فانه بالذبح لم يتبدل الاسم ولو مسلوخا او مقطوعا عضوا عضوا اذ يقال شاة مذبوحة
مسلوخة كما يقال شاة حية والسلخ والقطع لا يبدل الاسم ولا يفوت المقصود لان
المقصود من الشاة اللحم والذبح ثم السلخ والتقطيع يحققه ولا يفوته فلا يصلح
مقيسا عليه واعلم ان كل موضع ينقطع فيه حق المالك فالمغصوب منه احق بذلك
الشي من سائر الغرماء حتى استوفى حقه فان ضاع ذلك ضاع من مال الغاصب ولا يكون
هذا بمنزلة الرهن كذا في العمادي نقلا عن المنتقى ولما ذكر ما ينقطع به حق المالك شرع
في بيان ما لا ينقطع به حق المالك فقال وان جعل الفضة المغصوبة او الذهب
المغصوب دراهم او دنانير او انية او حليا لا يملكه الغاصب وهو مالكه بلا شيء
عند ابي ح لان العين باقية من كل وجه الا يرى ان الاسم باق ولم يزل وكذلك الاحكام
المتعلقة بالذهب والفضة من الثمنية والموزونية وجريان الربوا ووجوب الزكوة
عند النصاب باقية كما كان فلم ينقطع حق المالك منها بتلك الصنعة وعندهما
يملكه الغاصب وعليه مثله لانه احدث فيهما صنعة معتبرة متقومة جعل احداثها

احداثها حق المالك هالكا من وجه الا يرى انه كسر وفات عليه بعض المقاصد وحق
الغاصب ثابت في الصنعة من كل وجه فيترجح حقه كما تقدم ولانه كان قبل ذلك
تبرا وهو لا يصلح راس المال في المضاربات والشركات وبعد ما ضربه صلح لذلك وهذا
يدل ايضا على تغايرهما اسما ومعنى لانه كان قبل الضرب سمي تبرا وفضة وذهبا وبعده
دراهم ودنانير وبمثل ذلك ينقطع حق المالك والجواب لابي ح لا نسلم ان ما احدثه من
الصنعة فيهما معتبرة متقومة وانما تعتبر الصنعة وتتقوم عند المقابلة بخلاف الجنس
كمن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغا عندنا وذلك لانا لو اوجبنا عليه
مثل قيمتها من جنسها ادى الى الربوا ولو اوجبنا مثل وزنها كان فيه ابطال حق المالك عن
الجودة والصنعة فلمراعاة حق المالك والتحرز عن الربوا قلنا يضمن قيمته من الذهب مصوغا
فاعتبروا الصنعة عند المقابلة بخلاف الجنس وان وجده صاحبه مكسورا ورضي به لم
يكن له فضل ما بين المكسور والصحيح لانه عاد اليه عين ماله فبقيت الصنعة منفردة
عن الاصل ولا قيمة لها في الاموال الربوية فكانت الصنعة متقومة من وجه دون وجه
فلا يصلح لابطال حق ثابت من كل وجه ولا نسلم ان صلاحيته لراس المال بعد الضرب
يدل على تغايرهما لان الصلاحية امر زائد على مقتضى الطبيعة يحدث بالصنع لانه
ملك العين بها من وجه فحصل التغاير وان ذبح الشاة اي ذبح شاة الغير بغير امره
فالمالك مخير ان شاء طرحها اي الشاة المذبوحة عليه اي على الذابح وضمنه قيمتها واخذها
اي الشاة المذبوحة وضمنه نقصانها هذا جواب ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي ح انه
اخذه ولا يضمنه شيئا لان الذبح والسلخ في الشاة ليس بنقصان لان معظم المقاصد
في الشاة اللحم والذبح يحققه ولا يفوته ووجه الظاهر ان ازالة الحيوة اتلاف من
وجه باعتبار بعض الاغراض من الدر والنسل فكان للمالك الخيار لاحتمال ان يكون
له في بقائها حية مقصود من الدر والنسل وكذا لو قطع الجزور وهو ما اعد للذبح لانه
وان اعد للذبح لكن يجوز ان يكون للمالك مقصود في بقائه حيا من الدر والنسل
والحمل فيخير بين الطرح عليه وضمان القيمة وبين الاخذ وضمان النقصان وكذا

مطلب بيان ما اتلف من اطراف الحيوان

اي مخير بين ضمان القيمة مع الطرح عليه وبين ضمان النقصان مع الاخذ لو قطع يدها اي يد الشاة
لان قطع يدها او كذا رجلها تفويت من وجه لانه بعض بقاءها حيا فيخير المالك وكذا لو قطع
يد الجزور كذا في الهداية حيث قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها
وسلمها له وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدهما في ظاهر الرواية لانه اتلاف
من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها من اللحم فصار
كالخرق الفاحش في الثوب انتهى بقي الكلام في الجناية على العين ففي العمادي في عين الشاة
قيمة النقصان وفي عين بقرة الجزار وعين جزوره ربع القيمة وكذا عين الحمار والبغل والفرس
وذكر في المنتقى ما يحمل على ظهره في عينه ربع القيمة وما لا يحمل عليه لصغره كالفصيل والطير
والجحش اذا فقئ منه عين واحدة ففيه ربع القيمة ثم قال نقلا عن فتاوى ظهير ولو
فقأ عين حمار قال ابو ح ان شاء سلم الجثة وضمنه كل قيمته وليس له ان يمسك الجثة ويضمنه
النقصان وهكذا في الفصولين ايضا وفي الاختيار في عين شاة القصاب ما نقصها وقال ابو
يوسف عليه ما نقصه في جميع البهائم اعتبارا بالشاة ثم بقي الكلام في ذبح شاة لا يرجى
حياتها وما بينا سببه من ثبوت الاذن دلالة وتسمى المسائل الاستحسانية ففي العمادي
والفصولين نقلا عن فوائد صدر الاسلام اذا ذبح شاة لا يرجى حياتها لا يضمن استحسانا
الاجنبي والراعي فيه سواء وفي الفرس والبغل يفتى بالضمان في الاجنبي وانما يضمن قيمة فرس وحمار
لا يرجى حياتهما والراعي او البقار لو ذبح البغل او الحمار لا يضمن وفي فتاوى ظهير اذا خاف
على شاة فذبحها ذكر في الاصل انه يضمن قيمتها يوم الذبح قال الامام خواهر زاده انما يضمن
اذا ذبح شاة يرجى حياتها اما اذا تيقن بموتها لا يضمن لانه مامور بحفظها وذبحها اذ
ذاك حفظ ماذون فيه دلالة وفي فوائد صدر الاسلام من احضر فعلة لهدم داره فجاء
انسان فهدم بغير اذنه لا يضمن استحسانا والاصل في جنس هذه المسائل ان كل عمل
لا يتفاوت فيه يثبت الاستعانة لكل واحد من احاد الناس دلالة وكل عمل يتفاوت فيه
الناس لا يثبت الاستعانة بكل واحد من احاد الناس كما لو علق شاة للسلخ فجاء انسان
وسلخ بغير اذنه يضمن لان الناس يتفاوت في السلخ دون الذبح او قطع طرف دابة

دابة غير ماكولة اي هو مخير بين الطرح عليه واخذ جميع قيمتها وبين الاخذ وتضمين
نقصانها لو قطع طرف دابة غير ماكولة كالفرس والحمار والبغل هذا هو الظاهر من كلامه
وهو خلاف ما ظهر من ~~كلامه~~ الهداية فان الظاهر منها ضمان جميع القيمة بلا خيار حيث
قال ولو كانت الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها فللمالك ان يضمنه جميع قيمتها
لوجود الاستهلاك من كل وجه وقد ذكر قبله ان من قطع طرف ماكول اللحم من الحيوان
مخير بين الامرين المذكورين وعلله بانه اتلاف من وجه فظهر ان بين ماكول اللحم وبين غير
ماكول اللحم فرقا في قطع طرفيهما القاطع في الاول مخير بين الامرين المذكورين ولا خيار في الثاني
بل ضمان جميع القيمة بلا خيار وقال في العمادية نقلا عن العيون قال ابو ح اذا استهلك
رجل حمار غيره او بغله بقطع يده او بذبحه ان شاء صاحبه ضمنه وسلم اليه وان شاء
حبسه ولا يضمنه شيئا وعليه الفتوى ولو ضرب رجل الدابة حتى صارت عرجاء فهو كالقطع
ثم قال نقلا عن فتاوى ظهير من ذبح شاة غيره ظلما فمالكها بالخيار ان شاء ترك
المذبوح عليه وضمنه قيمتها وان شاء اخذ المذبوح وضمنه النقصان وكذا اذا سلخها
وجعلها عضوا عضوا ولو قطع يد حمار او بغل او قطع رجله فصاحبه بالخيار ان شاء
ضمنه قيمته ودفع الدابة وان شاء امسكها ولا يرجع على الغاصب بشيء بخلاف ما اذا كان
المغصوب عبدا او جارية وقطع يدهما او رجلهما فانه كان للمالك ان يضمن الغاصب
القيمة ويدفع اليه المغصوب وان شاء ضمنه النقصان واخذ المقطوع والفرق ان الادمي
بقطع اليد او الرجل لا يصير مستهلكا والدواب يصير به مستهلكا هذا اذا كانت
الدابة مما لا يوكل لحمه فان كانت مما يوكل لحمه كالشاة والجزور ففي ظاهر الرواية هذا
والاول سواء للمالك ان يضمنه جميع قيمتها وليس له ان يضمنه النقصان ويمسك الدابة هكذا
ذكره ثم قال لو ذبح حمار غيره ليس له ان يضمنه النقصان ولكن يضمنه جميع القيمة عند
ابي ح وعلى قول محمد له ان يمسكه ويضمنه النقصان وان شاء ضمنه كل القيمة ولا يمسك
المذبوح الكل في العمادية كله مخالف لما ذكره المص في قطع طرف دابة غير ماكولة من
التخيير بين الامرين المذكورين الا ما نقله عن محمد فانه على وفق ما ذكره المص ثم

ماذكر في العمادي فيما يوكل لحمه من قوله ففي ظاهر الرواية هذا الاول سواء الى اخره مخالف
لما ذكره المص فيما يوكل لحمه ايضا فيحمل كلام المص على غير ظاهر الرواية قال في الكفاية وفي
المنتقى عن هشام عن محمد رجل قطع يديها او رجلها وكان لما بقي منه قيمة فله ان يمسك
ويأخذ النقصان ويمكن حمل كلام المص على هذا ايضا يعني لو قطع طرف دابة غير ماكولة ينظر
فان كان لما بقي بعد القطع قيمة فهو مخير بين طرح الدابة عليه وتضمين جميع القيمة وبين
امساك الدابة وتضمين نقصانها وان لم يكن لما بقي قيمة فالواجب تضمين جميع القيمة
وطرح الدابة عليه وليس له ان يمسكها ويضمن النقصان ثم قال في الكفاية ايضا ان ذبح
حمار انسان ذبحا فقال صاحبه اني اضمنه النقصان ولا اسلم الجلد اليه فان كان لجلد الحمار
ثمن فله ذلك وان قتله فليس له ذلك لان ذبحه بمنزلة الدباغ فله قيمة بخلاف القتل هذا
كلها في قطع طرف الدابة من يدها ورجلها وقد ذكرنا حكم فقء عينها بقي الكلام في قطع
اذنها او ذنبها ففي العمادية اذا قطع اذن الدابة او بعض اذنه ضمن النقصان وكذلك
لو قطع ذنبها يضمن النقصان جعل الاذن والذنب نقصانا يسيرا وقال في فتاوى شيخ
الاسلام الانقروي لو قطع ذنب فرس القاضي يضمن جميع القيمة فقد فرق بين ذنب
دابة القاضي وغيره من عوام الناس ولعل ذنب فرس المفتي والامير كذلك ولو وطئ
فرس غيره او حماره فلصاحب الفرس ان يدفع فرسه اليه ويضمن قيمته وبه افتى
مشايخ الاسلام او خرق الثوب خرقا فاحشا فوت بعض العين وبعض نفعه وفي
خرق يسير نقص ولم يفوت شيئا من النفع يضمن نقصانه اختلفوا في الحد الفاصل
بين الخرق اليسير والفاحش فقال بعضهم ما اوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش
وما اوجب دونه فهو يسير وقال بعضهم ما اوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش
وما اوجب دونه فهو يسير وقال بعضهم ما يبطل به عامة المنافع فاحش واليسير خلافه
واليه اشار في القدوري وقال في الهداية والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين
وبعض المنفعة ويبقى بعض من كل منهما واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يريد فيه
النقصان اي بحسب المالية بسبب فوات الجودة وانما كان هذا صحيحا لان محمدا جعل في الاصل الخرق الفاحش

مطلب حكم من وطئ الحمار

الفاحش كذلك ولهذا اختاره المص اذا عرفت هذا فالغاصب اذا خرق الثوب المغصوب خرقا فاحشا
بالمعنى الذي ذكره فمالكه مخير بين طرح الثوب عليه وتضمين قيمته وبين امساك الثوب
وتضمين نقصانه لانه استهلاك من هذا الوجه فانه قبل القطع صالح لجميع انواع الثياب
وبعده لم يبق هذه الصلاحية وانما بقي له صلاحية لبعض الثوب فكان مستهلكا من وجه
دون وجه فلصاحبه الخيار بين الخيارين المذكورين وان خرقه خرقا يسيرا بالمعنى الذي ذكره
ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم من كل وجه وانما دخله عيب منقص فيضمن النقصان
قال في العمادية غصب ثوب انسان ولبسه فجاء صاحب الثوب فمد ثوبه والغاصب لا يعلم انه صاحب الثوب
فتخرق الثوب لا ضمان على الغاصب لانه تخرق من مده ولو قال صاحب الثوب رد على ثوبي فمنعه
الغاصب فمد مدا لا يمد مثله من شدته فتخرق لا ضمان على الغاصب ايضا لانه بمنزلة سكين جاء به
فخرقه ولو مده كما يمد الناس عادة فتخرق منه ضمن الغاصب نصف القيمة لانه من جنايتهما
ولو كان الثوب ملكا لمن لبسه فمده انسان مدا لا يمد مثله او يمد مثله فتخرق فعلى الماد
جميع القيمة لان التخرق يضاف الى مده وضع المسئلة في الثوب والحكم في كل عين من الاعيان
الغير الربوية كذلك ولذا قال شمس الائمة السرخسي الحكم الذي ذكرنا في الخرق في الثوب من تخيير
المالك بين الخيارين اذا كان الخرق فاحشا هو الحكم في كل عين من الاعيان الا في الاموال الربوية
فان وجد التعييب فيها فاحشا كان او يسيرا كان لصاحبها الخيار بين ان يمسك العين
ولا يرجع على الغاصب بشيء وبين ان يسلم العين ويضمن مثله او قيمته لان تضمين النقصان
متعذر لانه يؤدي الى الربوا ثم الحكم المذكور فيما اذا قطع الثوب ولم يحدث فيه صنعة
واما اذا احدث فيه صنعة بان خاطه قميصا مثلا فانه ينقطع به عنه حق المالك عندنا
كذا في الزيلعي عن النهاية ومن بنى في ارض غيره بغير رضاه او غرس شجرا امر الغاصب
على صيغة المجهول بالقلع اي قلع البناء والشجر بخلاف ما لو غصب نالة صغيرة فغرسها
في ملكه فادركت في ارضه فلصاحب النالة قيمة النالة ولا سبيل له على النخلة عندنا لانها
صارت تابعة لارضه كذا في العمادية وقال في غصب القنية وصل غصنه بشجرة غيره فاثمر الوصل
فهو له والشجرة لصاحبها انتهى فعلم منه انه لو وصل غصنه بشجرة غير مملوكة تعتبر الشجرة

ملكا له ايضا كما لو وصل غصنه في الاشجار النابتة في الاراضي الغير المملوكة ولهذا افتى مشايخ الاسلام باّنه لو وصل غصنه بشجرة نابتة في الاراضي الاميرية بغير انبات منتصر فيها تصير الشجرة ملكا لصاحب الغصن لا المنتصر في الارض والرد اي ردّ الارض الى صاحبها لقوله صلى الله عليه وسلم ليس لعرق ظالم حق اي ليس لذي عرق ظالم حق وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم مجازا كما يقال نهاره صائم ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة بالبناء والغرس ولا مغصوبة حقيقة لعدم الانتقال فيها ولا وجد فيها شيء يوجب الملك للغاصب فيؤمر بتفريغها وردها الى مالكها كما اذا اشغل ظرف غيره بطعامه فانه يؤمر بتفريغ الظرف والرد الى مالكه كذا في الهداية ومختصر القدوري وكان القاضي الامام ابو علي النسفي يحكي عن الكرخي انه ذكر في بعض كتبه تفصيلا فقال ان كانت قيمة الساحة اكثر من قيمة البنا فله ان يأخذها وان كانت قيمة الساحة اقل من قيمة البناء ليس له ان يأخذها وفي العمادية نقلا عن العدة ان بعض المتأخرين افتوا بقول الكرخي فانه حسن ونحن نفتي بجواب الكتاب اي مختصر القدوري اتباعا لاشياخنا وقالوا انما ذكره الكرخي قريب من مسائل حفظت عن محمد حيث قال في لؤلؤة سقطت من يد انسان فابتلعها دجاجة انسان ينظر الى قيمة الدجاجة واللؤلؤة فان كانت قيمة الدجاجة اقل يخير صاحب اللؤلؤة ان شاء اخذ الدجاجة وضمن قيمتها لمالكها وان شاء ترك اللؤلؤة وضمن صاحب الدجاجة قيمة اللؤلؤة وكذلك اذا دخل شاة او بقر رأسه في قدر من النحاس وتعذر اخراجه منه ينظر ايهما اكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الاخر الى صاحبه ويتملك صاحبه ويتخير بعد ذلك في اتلاف ايهما شاء وكذلك لو دخل فصيل انسان في داره وكبر فيها ولم يمكن اخراجه الا بهدم الجدار ينظر ايهما اكثر قيمة وهكذا وقال في العمادية نقلا عن غصب الذخيرة غصب ارضا وزرعها ونبت فلرب الارض ان يأمر الغاصب بقلع الزرع فان ابى فللمغصوب منه ان يقلع فان لم يحضر المالك حتى ادرك الزرع فانه للغاصب وللمالك ان يرجع بنقصان الارض وفي الفصولين لو غصب ارضا وزرعها فلم تنبت حتى جاء صاحبها فهو مخير ان شاء ترك بذره فيها باجر المثل وان شاء ضمن البذر للغاصب وعن محمد انه يضمن له ما زاد البذر فيها لو شاء تركه حتى ينبت ثم يأمر بقلعه ولو شاء اعطاه

مطلب حكم ابتلاع الدجاجة اللؤلؤة لانسان

اعطاه ما زاد البذر فيها فتقوم الارض وفيها بذر وتقوم بلا بذر فيعطيه الفضل ولو شاء اخذه وعن ابي يوسف انه يعطيه مثل بذره والمختار انه يضمن قيمة بذره مبذورا في ارض غيره وهو ان تقوم الارض مزروعة ببذر يجب قلعه اذا نبت وغير مزروعة فيفضل ما بينهما قيمة بذر زرع في ارض غيره ولو غصب ارضا فزرعها فلرب الارض ان يأمر الغاصب بتفريغها فلو ابى فلربها ان يقلع بنفسه ولو لم يحضر رب الارض حتى ادرك الزرع فهو للغاصب وللمالك ان يرجع نقصان ارضه الكل في الفصولين وفي الفصل الثلاثين من العمادية لو اشترى ارضا فبنى فيها او غرس ثم استحق نصفها شايعا هل يجبر على تفريغ الكل ينبغي ان يكون الحكم فيه كالحكم في بناء احد الشريكين في الارض المشتركة وثم يقسم الارض بينهما فما وقع من البناء في نصيب الذي لم يبن يؤمر بقلعه وفي جوامع الفقه للعتابي اشترى حائطا وبنى عليها ثم استحق ثلثه فله ان يرد المبيع ويرجع بالثمن وثلث قيمة البناء على البايع وان كانت الارض تنقص بالقلع فللمالك اي لصاحب الارض ان يضمن من الضمان لا من التضمين له اي للغاصب قيمتهما اي قيمة البناء والغرس مأمورا بقلعهما اي قيمتهما مستحق القلع لا قيمتهما مقلوعا وسيأتي الفرق بينهما فيكون كل من البناء والغرس لصاحب الارض لان فيه دفع الضرر عنهما معا فتعين فيه النظر لهما وانما يضمن له قيمته مستحق القلع لانه يستحق القلع فيعتبر قيمته في ذلك الوقت مقلوعا فبين كيفية معرفة قيمته مستحق القلع فقال فتقوم الارض بلا شجر او بناء وتقوم مع احدهما مستحق القلع فيضمن صاحب الارض الفضل مثلا يعتبر قيمة الارض بدون الشجر عشرة ومع الشجر المستحق للقلع خمسة عشرة يضمن صاحب الارض للغاصب خمسة فتسلم الارض والشجر له كذا في الهداية والعناية وغيرهما وقال الشارح الزيلعي وهذا ليس بضمان لقيمة الشجر مقلوعا بل هو ضمان لقيمته قائما مستحق القلع وانما يكون ضمانا لقيمته مقلوعا ان لو قوم الشجر والبناء مقلوعا موضوعا على الارض بان يقدر الشجر حطبا والبناء اجرا ولبنا وحجارة مكومة على الارض فيقوم وحده من غير

مطلب بيان التقويم مقلوعا

ان يضم الى الارض فيضمن له قيمة الحطب والحجارة المكومة دون المبنية انتهى مراده بذلك
بيان الفرق بين قيمة الشجر والبناء مقلوعا وبين قيمتهما مستحقا القلع وتحقيق
الفرق ماذكره في الدرر بان قيمة الشجر والبناء المستحق القلع اقل من قيمته مقلوعا فقيمة
المقلوع اذا نقصت منها اجرة القلع كان الباقي قيمة الشجر المستحق القلع فان كانت قيمة
الارض مائة وقيمة الشجر المقلوع عشرة واجرة القلع درهم بقي بعد اخراج الدرهم تسعة
فالارض مع هذا الشجر تقوم بمائة وتسعة دراهم فيضمن المالك التسعة انتهى فظهر
ان المضمون ههنا هو قيمة الشجر او البناء المستحق القلع لا قيمته مقلوعا ولهذا قال المصنف
مامورا بقلعها لا مقلوعا فما وقع في بعض المحل لفظ مقلوعا ليس على ما ينبغي وان صبغ
الثوب احمر او اصفر اولت السويق بسمن فالمالك اي صاحب الثوب والسويق مخير
ان شاء ضمنه قيمة ثوبه ابيض ومثل سويقه اي واحدهما اي الثوب والسويق وضمن المالك
للغاصب هو من الضمان لا من التضمين ما زاد الصبغ والسمن وقال الشافعي في الثوب
يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الامكان ويسلمه الى صاحبه فان انتقص بذلك
قيمة الثوب فعليه ضمان النقصان لان الغاصب متعد فلا يكون لفعله عبرة والتمييز ممكن
فصار نظير الغرس والبناء في الارض بخلاف السمن في السويق لتعذر التمييز ولنا ان
الصبغ مال متقوم كالثوب وبجنايته لا يسقط تقوم ماله فيجب صيانة حقهما ما امكن
فكان صاحب الثوب اولى بالخيار لانه صاحب اصل والاخر صاحب وصف وهو قائم
بالاصل وكذا السويق اصل والسمن تبع ولهذا يقال سويق ملتوت فيخير صاحبه لتعذر
التمييز بخلاف البناء لان التمييز ممكن فيه بالنقض وله وجود بعد النقض فامكن ايصال
حق كل واحد منهما اليه والصبغ يتلاشى بالغسل فلا يمكن ايصاله الى صاحبه وبخلاف
ما اذا انصبغ من غير فعل احد كالقاء الريح حيث لا يثبت فيه لرب الثوب الخيار
بل يؤمر صاحب الثوب بدفع قيمة الصبغ الى صاحبه لانه لا جناية من صاحب الصبغ حتى
يضمن الثوب والجواب في لت السويق كالجواب في الصبغ الا انه يضمن مثل السويق
وفي الصبغ قيمته لان السويق والسمن من ذوات الامثال بخلاف الصبغ والثوب

مطلب صبغ الثوب الغاصب احمر او اصفر او اسود [illegible]

والثوب فانهما من ذوات القيم وقال الغاكاكي في نقله عن المبسوط يضمن قيمة سويقه
لانه يتفاوت بتفاوت القلي فلم يبق مثليا كالخبز وقال ابو عصمة في مسئلة الغصب
ان شاء رب الثوب باع فيضرب كل واحد منهما الى صاحبه بقيمة ماله وهذا طريق حسن
الى وصول كل واحد منهما الى صاحبه ويتاتى فيما اذا انصبغ بنفسه بلا صنع ايضا وان صبغ
اي الثوب المغصوب اسود ضمنه من التضمين اي ضمن المالك الغاصب قيمته اي قيمة
ثوبه حال كون الثوب ابيض فيكون الثوب للغاصب او اخذه اي اخذ المالك الثوب
من الغاصب بلا رد شيء على الغاصب من اجرة صبغه وقيمته لانه اي الاسود نقص وهذا عند
ابي حنيفة وعندهما الاسود كغيره في كونه زيادة قالوا وهو اختلاف زمان ففي زمان ابي حنيفة
كانوا يمتنعون عن لبس السواد فقال انه نقص وفي زمانهما كانوا يلبسون السواد قالوا انه
مثل الاحمر في الزيادة فكل اجاب بما شاهد من عادة اهل زمانه ولا خلاف فيه بينهما في الحقيقة
وقال بعض مشايخنا ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه السواد
فهو كالحمرة وكذلك ان كان ثوبا ينقصه الحمرة فهو نقصان وان كان ثوبا يزيد فيه الحمرة
او الصفرة فهو زيادة ولهذا لم يقيد والصبغ في بعض الكتب بالحمرة والسواد او غيرهما
بل ذكروا المسئلة على اطلاق الصبغ كما وقع في عبارة الكنز **فصل** وان غيب
ما غصبه وضمن قيمته ملكه الغاصب مستندا الى وقت الغصب اعلم ان الاحكام تثبت
بطرق اربع على ما في المستصفى الاقتصار كما اذا انشأ الطلاق والعتاق مثلا والانقلاب
وهو انقلاب ما ليس بعلة علة كما اذا علق الطلاق والعتاق بالشرط فعند وجود الشرط
ينقلب ما ليس بعلة علة فان الجزاء علة للحكم عند وجود الشرط عندنا والاستناد وهو
ان يثبت في الحال ثم يستند قهقريا كالمضمونات تملك عند اداء الضمان مستندا الى وقت
وجود السبب وكالنصاب فانه يجب الزكوة عند تمام الحول مستندا الى وقت وجوده
وكطهارة المستحاضة والمتيمم تنتقض عند خروج الوقت ورؤية الماء مستندا الى وقت
الحدث ولهذا قلنا لا يجوز المسح لهما والتبيين وهو ان يظهر في الحال ان الحكم كان ثابتا من
قبل مثل ان يقول في اليوم ان كان زيد في الدار فانت وتبين في الغد وجوده فيها يقع الطلاق

فى اليوم وتعتبر ابتداء العدة منه وكما اذا قال لامرأته اذا حضت فانت طالق فرات الدم لا يقضى
بوقوع الطلاق ما لم يمتد ثلاثة ايام فاذا تم ثلاثة ايام حكمنا بوقوع الطلاق من حين حاضت
والفرق بين التبيين والاستناد ان فى التبيين يمكن ان يطلع عليه العباد وفى الاستناد لا يمكن
وفى الحيض يمكن الاطلاع عليه بشق البطن فيعلم انه من الرحم وكذا تشترط المحلية فى
الاستناد دون التبيين وكذا الاستناد يظهر اثره فى القائم دون المتلاشى واثر التبيين
يظهر فيهما وتسلم من السلامة له اى للغاصب الاكساب دون الاولاد هذا عندنا وقال الشافعى
لا يملكه لان الغصب عدوان محض وما هو كذلك لا يصلح سببا للملك لانه نعمة كما لو غصب مدبرا
وغيبه وضمن قيمته فان الغاصب لا يملكه بالاتفاق ولنا ان المالك ملك البدل بكماله بالضمان
وهو القيمة والمبدل قابل للنقل من ملك الى ملك وكل من ملك بدل شى كذلك اى قابل للنقل
من ملك الى ملك خرج المبدل عن ملكه ودخل فى ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن مالك
البدل فثبت ان الغاصب ملكه بالضمان ولكن بطريق الاستناد حتى ملك الاكساب لكونها
تبعا من كل وجه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل من ملك الى ملك لحق المدبر فلا يقاس
عليه ما نحن فيه فان قيل ان المولى لو باع المدبر وحكم القاضى بجواز بيعه ينفذ البيع
ويملكه المشترى وينفسخ البيع فثبت ان المدبر قابل للنقل من ملك الى ملك اجيب
بان هذا انما كان فى ضمن قضاء القاضى فى الفصل المجتهد فيه فح كان البيع مصادفا للفسخ
بالقضاء لا للمدبر واما ما نحن فلم ينفسخ التدبير والقول فى القيمة للغاصب مع يمينه
ان لم يبرهن مالكه على الزيادة فح يكون القول للمالك لانه اثبت بالحجة الملزمة وان
عجز عن اقامة البينة وطلب يمين الغاصب وللغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم يقبل
بينته بل يحلف على دعواه لان بينته تنفى الزيادة والبينة القائمة على النفى لا تقبل كذا قالوا
وقال بعض مشايخنا ينبغى ان تقبل هذه البينة لاسقاط اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة
فان القول قوله ولو اقام البينة على ذلك قبلت لاسقاط اليمين وكان اكثر مشايخنا
فرق بين هذه المسئلة وبين مسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه
الا اليمين وباقامة البينة اسقطها وارتفع الخصومة كما اذا وجد القتيل فى محلة فادعى

فادعى اهل المحلة انه قتله رجل اخر من محلة اخرى واقاموا البينة من غير المحلة التى وجد
فيها القتيل على ذلك الرجل الاخر بالقتل فان هذه البينة مقبولة من اهل المحلة
لاسقاط اليمين ودفع الخصومة عنهم لانه ليس عليهم الا اليمين وباقامة البينة
اسقطوها واما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وباقامة البينة لم يسقط الا اليمين
فلا يكون فى معنى المودع فان ظهر العين المغصوب الذى عينه الغاصب وقد ضمن قيمته
وقيمته التى ضمنها اكثر مما ضمنه الغاصب وقد ضمنه الغاصب بقول المالك او ببرهانه
او بالنكول اى نكول الغاصب عن اليمين فهو اى العين المغصوب للغاصب ولا خيار للمالك
لان الغاصب تم له الملك بسبب اتصل به رضى المالك حيث ادعى هذا المقدار من القيمة فيكون
للغاصب بلا خيار للمالك وان ضمنه الغاصب بقوله اى بقول الغاصب مع يمينه سواء
كانت قيمته اكثر مما ضمنه او مثله او انه على ما فى العناية فى ظاهر الرواية فالمالك
مخير ان شاء امضى الضمان او اخذه اى العين المغصوب ورد عوضه لانه لا يتم رضاه
بهذا المقدار حيث يدعى الزيادة واخذه دون الزيادة لا يدل على تمام الرضا لانه انما اخذه
لضرورة عدم حجته على الزيادة ولو برهن كل من المالك والغاصب على الهلاك عند
الاخر فبينة الغاصب اولى عند ابح ومحمد خلافا لابى يوسف قال فى قاضيخان
رجل غصب دابة فهلكت فاقام صاحبها البينة انها هلكت عند الغاصب من ركوبه
واقام الغاصب بينة انه ردها وماتت عند صاحبها كانت بينة صاحبها اولى ويقضى
على الغاصب بالقيمة وكذا لو شهد شهود صاحبها ان الغاصب قتلها او كان
المغصوب دارا فاقام صاحبها البينة ان الغاصب هدم الدار واقام الغاصب بينة انه
ردها على صاحبها كانت بينة صاحبها اولى لان القتل وهدم الدار يتصور بعد الرد على
المالك فيجعل كان الغاصب ردها ثم قتل الدابة وهدم الدار فكانت بينة صاحبها
اولى لانها تثبت سببا حادثا للضمان ولو اقام صاحبها البينة انها ماتت عند الغاصب
واقام الغاصب بينة انه ردها وماتت عند صاحبها قال ابو يوسف بينة صاحبها
اولى لما قلنا وقال محمد يقضى ببينة الغاصب لانها قامت على الاثبات وهو اثبات

فعل الرد وليس في بينة صاحبها اثبات فعل على الغاصب ولا اثبات سبب الضمان بعد الغصب
بخلاف الاول انتهى فظهر منه وجه الطرفين وان كون بينة الغاصب اولى عندهما
ليس في جميع الصور كما فهم من كلام المصنف بل في الصورة الثالثة واما في الصورتين الاوليين
فبينة المالك اولى بالاتفاق قال في غصب التاتارخانية اذا ماتت الدابة المغصوبة
ووقع الاختلاف بين الغاصب والمغصوب منه فقال الغاصب رددت الدابة عليك ونفقت
عندك وقال رب الدابة لا بل نفقت عندك من ركوبك ولم يكن لواحد منهما بينة
فالقول قول رب الدابة كما لو قال اكلت مالك باذنك وانكر صاحب المال كان القول قوله
واذا اقاما جميعا البينة اقام رب الدابة انها نفقت عند الغاصب من ركوبه واقام الغاصب
انه قد ردها عليه ثم ماتت في يده فان الغاصب يضمن قيمتها وما ذكروا انه لا ضمان
قول محمد اما على قول ابي يوسف فهو ضامن انتهى فظهر منه ان ما ذكره قاضيخان في المسئلة
الاولى من انه يقضى على الغاصب القيمة قول ابي يوسف لكن كون البينة للمالك اتفاقا
يقتضي ان القول بالضمان على الغاصب اتفاقي ايضا ومن غصب عبدا فباعه فضمنه نفذ
بيعه وان اعتقه فضمنه لا ينفذ عتقه والفرق بينهما ان ملك الغاصب ناقص
لانه ثبت مستندا وضرورة اجتماع البدل والمبدل منه في ملك شخص واحد وهو المالك
وكل ما ثبت مستندا وضرورة ثابت من وجه دون وجه ولهذا لا يظهر الملك للغاصب
في حق الاولاد ويظهر في حق الاكساب على ما تقدم وذلك لان الولد اصل من وجه
قبل الانفصال وبعده اصل من كل وجه والكسب تبع من كل وجه لكونه بدل المنفعة
وهي تبع محض فاذا كان ثابتا من وجه دون وجه كان الملك ناقصا والملك الناقص
يكفي لنفوذ البيع دون العتق الا يرى ان البيع ينفذ من المكاتب بل من الماذون دون
العتق وقيد المسئلة باعتاق الغاصب ثم تضمينه احترازا عن اعتاق المشتري
من الغاصب ثم ضمن الغاصب او اجاز المالك البيع فان فيه روايتين في رواية يصح
اعتاق المشتري وفي رواية لا يصح والاول اصح على ما في العناية والزيلعي وزوايد المغصوب
غير مضمونة ما لم يتعد فيها اي الزوايد كاتلاف ثمرة الاشجار التي غصبها بالاكل والبيع

مطلب عتق الغاصب لا ينفذ وبيعه ينفذ

والبيع فان الاتلاف تعد فيضمن او يمنعها بعد طلب المالك اياها لانها امانة في يد الغاصب
لانها ليست بمغصوبة فيكون امانة والامانات لا تضمن الا بالتعدي وبالجحود بعد
الطلب سواء كانت الزوايد متصلة كالحسن والسمن او منفصلة كالولد للجارية
المغصوبة والثمرة للشجر المغصوب او البستان المغصوب وقال الشافعي زوايد المغصوب
مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجهين احدهما انها متولدة من عين مضمونة فيكون
مضمونة لما عرف ان الاوصاف الشرعية تسري من الاصل الى ما يتولد منه الا ترى ان ولد ام
الولد والمدبرة والمكاتبة والقنة والحرة تسري اليه حكم امه حتى يكون حكمه كحكمها
وكذا ولد الظبية المخرجة من الحرم يسري اليه حكم امه حتى يضمنه بالاتلاف مثل امه والثاني
ان الغصب عنده اثبات اليد على ملك الغير بغير رضاه وقد تحقق ذلك في الزوائد حسب
تحققه في الاصل فكان مضمونا كالاصل ولنا ان الغصب اثبات اليد المبطلة على مال الغير
على وجه يزيل يد المالك على ما تقدم واثبات اليد على ذلك الوجه لم يتحقق في الزوائد
لانها كانت ثابتة على هذه الزوائد حتى يزيلها الغاصب فلم يتحقق الغصب فيها
فلا يضمن الا بالتعدي او بالجحود بعد الطلب لان الجحود ح تعد ايضا فان قيل فعلى
هذا ينبغي ان يضمن ولد الجارية المغصوبة حاملا لان اليد كانت ثابتة عليه وليس
كذلك فانه لا فرق بين هذا وبين ما اذا غصبها غير حامل فحبلت في يد الغاصب وولدت
في عدم ضمان الولد على ما روي في الاسرار اجيب عنه بان الحمل قبل الانفصال ليس بمال
بل يعد عيبا في الامة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير ولو سلم ذلك لكنه
لا ازالة ثمة ظاهرا اذ الظاهر عدم المنع عند الطلب حتى لو منعه بعد الطلب او تعدى
فيه بان اتلفه او ذبحه او باعه وسلمه او اكله فيما اكل قلنا بالضمان ايضا وما ذكره
من ان الام مضمونة البتة والاوصاف الشرعية تسري من الاصل الى ما يتولد منه
كالحرية والرق والملك قلنا ذلك في الاوصاف القارة في الام كالمذكورات والضمان
ليس بصفة قارة في الام بل هو لزوم حق في ذمة الغاصب فانه وصف به المالك لا الام مجازا
وقياسه على الظبية المخرجة فاسد لانه انما قاس عليها قبل التمكن من الارسال

فهو ظاهر الفساد لانه لا ضمان فيه عندنا لعدم العلة وهو المنع وان قاس عليهما
بعد التمكن منه فهو كذلك لان الضمان فيه باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو
الشرع لا باعتبار ان الام مضمونة وان اطلق وقيل بوجوب الضمان في ولد الظبية
سواء هلك قبل التمكن من الارسال او بعده فهو ضمان جناية اتلاف لان صيد
الحرم كان امنا في الحرم صيدا وذلك في بعده عن ايدينا فالوقوع في ايدينا تلف لمعنى
الصيدية فيضمن لذلك بمجرد الوقوع في ايدينا ولهذا يتكرر الجزاء بتكرر الجناية
فانه لو ادى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم ارسله فيه ثم اخرج ذلك
الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ثم اعلم ان الاكساب الحاصلة باستغلال الغاصب لبيت
من نمائه وزوائده فلا يضمن بالتعدي لانها عوض من منافع المغصوب ومنافعه غير
مضمونة عندنا فكذا بدلها الا في مال الوقف على ما سيأتي مصرحا في اجارات البزازية
والقنية والى هذا اشار المص بقوله وزوايد المغصوب وان نقصت الجارية بالولادة
في يد الغاصب ضمن نقصانها اي نقصان الجارية الحاصل بالولادة لان الجارية بسبب الغصب
دخلت في ضمانه بجميع اجزائها وقد فات جزء مضمون منها فيكون مضمونا عليه كما لو فات
كلها ويجبر النقصان الحاصل في الجارية بقيمة الولد او بالغرة كذا في المختار والمراد
بالغرة العبد او الامة وقال في المغرب غرة المال خياره كالفرس والابل والعبد والامة
ومنها الحديث وجعل في الجنين غرة اي عبدا او امة انتهى ان وفت القيمة او الغرة
يعني لو ردت الجارية والولد معًا وقد نقصت قيمة الجارية بالولادة وفي قيمة الولد
وفاء بنقصانها ينجبر النقصان بقيمة الولد ولم يضمن الغاصب شيئا وكذا لم يضمن الغاصب
شيئا لو كانت في غرة الولد وفاء بذلك النقصان لان الغرة كالولد لقيامها مقامه لوجوبها
بدلا عنه وان لم يكن في قيمة الولد او الغرة وفاء بنقصان الجارية يسقط حصة النقصان
بحصة قيمة الولد او الغرة ويضمن الباقي من النقصان هذا عندنا وقال زفر والشافعي
لا ينجبر النقصان بقيمة الولد او بالغرة لان الولد ملكه فكيف ينجبر ملكه بملكه فصار
كولد الظبية المخرجة من الحرم وكما لو هلك الولد قبل الرد او هلكت الام بالولادة

بالولادة او غيره من الاسباب وفي قيمة الولد وفاء وكما لو جز صوف شاة غيره او قطع
قوائم شجر غيره فنبت مكانه غيره او خصى عبد غيره فازدادت قيمته بالخصاء او علمه
حرفة ما صار به التعليم وازدادت به قيمته فانه لا ينجبر الصوف بالصوف والقوائم
بالقوائم ولا ما نقص من الجز والخصاء والتعليم بما ازداد من القيمة فيه بل يضمن الجزء
الفائت ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو العلوق عند ابي ح والولادة
عند ابي يوسف ومحمد وعند اتحاد السبب لا يعد النقصان نقصانا لان السبب الواحد
لما اثر في الزيادة والنقصان معا اعني حدوث مالية الولد وفوات جزء من مالية
الام كانت الزيادة خلفا عن النقصان كالبيع لما ازال المبيع عن ملك البايع وادخل الثمن
في ملكه جعل الثمن خلفا عن مالية المبيع لاتحاد السبب وتأثيره فيهما معا حتى ان الشاهدين
اذا شهدا على رجل ببيع شيء بمثل قيمته فقضى القاضي به ثم رجعا لم يضمنا شيئا لان
الفوات الى خلف كلا فوات فكانوا بشهادتهما اخلفوا قدر ما اتلفوا بها فلا يعد
ذلك اتلافا منهم ونظيره ما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت
ثنيتها ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد الى مالكه
يحسب عن نقصان القطع ولم يعتبر النقصان لكونه الى خلف وقولهما كولد الظبية قلنا
لا نسلم ان نقصان الظبية بالولادة لا تنجبر بقيمة الولد وكذا لا نسلم ان الام اذا ماتت لا تنجبر
قيمتها بقيمة الولد اذا كان فيها وفاء وقولهما وكما لو هلك الولد قبل الرد قلنا ان كلامنا
فيما اذا رد الام بنقصان الولادة هل ينجبر النقصان برد الولد واذا كان الولد هالكا كيف
ينجبر النقصان به والخصاء لا يعد زيادة في الشرع لانه بعض الفسقة فلم يكن له اعتبار
في الشرع وما وراء ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لان سبب النقصان القطع والجز
وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم وسبب الزيادة الفهم فلا تتصل بمحل النزاع
ما اتحد فيه السبب ولو زنى بامة غصبها فردها حاملا فولدت فماتت بها
اي بسبب الولادة ضمنها قيمتها يوم علوقها بخلاف الحرة وعندهما لا يضمن في الامة ايضا
قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي ح في الرجل يغصب الجارية فيزني بها ثم يردها

فتحبل وتموت في نفاسها قال هو ضامن لقيمتها يوم علقت وليس عليه في الحرة ضمان
وقال ابو يوسف ومحمد لا ضمان عليه في الامة ايضا اذا ماتت في نفاسها بعد ما يردها
وهكذا ذكره في الهداية والوقاية ايضا وتابعهم المص في قوله فردها حاملا حيث
قدم الرد على الحبل ليبين ان الحبل كان موجودا وقت الرد وقال في العناية وقد وقع في
عامة النسخ بتقديم الحبل على الرد ففي عامة النسخ لا بنيا للمعنى المذكور هذا لهما ان الرد
الى مالكها قد صح لانه اوصل الحق الى المستحق وصحته توجب البراءة عن الضمان
فان قيل لا نسلم ان الرد صح كيف وانها هلكت بسبب كان عنده لا عند المالك اجيب بان
الهلاك كان بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة عنده لا بسبب كان عند الغاصب
والهلاك بسبب كان عند المالك لا يوجب ضمان القيمة على الغاصب لكنه يوجب ضمان
نقصان الحبل والكلام في ضمان القيمة كما اذا حبلت في يد الغاصب ثم ردها الى مالكها
فهلكت في يد المالك او زنت في يد الغاصب فردها فجلدت فهلكت منه لا يضمن على
سيصرح بهما وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البايع ولم يعلم المشتري بالحبل فولدت
عند المشتري وماتت في نفاسها فانه لا يرجع على البايع بالثمن وله اي لابي ح ان الرد لم يكن
صحيحا لان الصحيح منه ما يكون على الوجه الذي اخذ ولم يوجد ههنا فانه غصبها
خالية عن سبب التلف وردها مع سبب التلف فصار كما اذا جنت في يد الغاصب
فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطأ فانه يرجع على الغاصب
بكل القيمة فكذا هذا بخلاف الحرة اذا زنى بها رجل مكرهة فحبلت وماتت في نفاسها
لا تضمن بالغصب ولهذا لو هلكت الحرة عنده لا تضمن وقولهما وكمن اشترى جارية الخ
قلنا ان الواجب على البايع في فصل الشراء هو تسليم المبيع على الوجه الذي وقع عليه
العقد ان كان وقت العقد سليما يجب عليه التسليم سليما وان كان معيبا يجب عليه
التسليم معيبا وقد كان المبيع ههنا معيبا وقت العقد بالحبل فوجب تسليمه كذلك
وموتها بالولادة لا ينعدم التسليم الواجب واما في الغصب فسلامة المغصوب شرط
لصحة الرد فما لم يرد مثل ما اخذ فالرد فاسد فافترقا واما مسئلة الحمى والزنا

والزنا فسنبينه في شرح قوله ولو ردها اي الامة المغصوبة محمومة فماتت في يد
المالك لا يضمن الغاصب قيمتها لان سبب موتها ما بها من الحمى والضعف وقت الموت
فيحتمل ان يكون سببه مادة كانت في يد الغاصب بالسك فلا يضمن وكذا اي لا يضمن لو زنت
الامة المغصوبة عنده اي عند الغاصب فردها فجلدت عند المالك فماتت منه اي من
الجلد لان الزنى الذي وجد في يد الغاصب انما يوجب الجلد المولم لا الجارح ولا المتلف
ولما جلدت في يد المالك بجلد متلف كان غير ما وجب في يد الغاصب فلا يضمن ولا يضمن
منافع ما غصبه والمراد بالمنافع هو الاكساب الحاصلة باستغلال الغاصب واستعماله
لا الزوائد المتولدة من المغصوب متصلة او منفصلة لان حكم الزوائد قد تقدم بيانه
من قبل سواء سكنه او اجره او استعمله او عطله بان يتركه معطلا من غير
استعمال واستغلال وقال الشافعي انها مضمونة باجر المثل سواء سكنه او عطله
وقال مالك ان سكنها واستعملها يلزم اجر المثل وان عطلها لا يلزم شيء واستدل
الشافعي بان المنافع اموال متقومة لكونها غير الادمي خلق لمصلحة الادمي ويضمن
بالعقود كالاعيان صحيحة كانت العقود او فاسدة فكذا بالغصوب لان العقد لا يجعل
غير المتقوم متقوما كما لو ورد العقد على الميتة ولنا ان المنافع حصلت على ملك
الغاصب لانها حصلت في تصرفه وكسبه وما حدث في تصرف الرجل وكسبه فهو ملكه
دفعا للحاجة فان الملك لم يثبت للعبد الا دفعا لحاجته فاذا حصلت في ملكه لا يضمن
لان الانسان لا يضمن ملك نفسه ولو سلم حدوثها على ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها
واتلافها لعدم بقائها اذ الاعراض لا تبقى ولو سلم تحقق غصبها واتلافها لكن شرط ضمان
العدوان المماثلة نصا واجماعا والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء الاعيان
الا في الوقف وكذا في مال اليتيم والمعد للاستغلال فانه يلزم اجر المثل في هذه الثلاثة
الا ان شبهة الملك والعقد سقط الضمان في المعد للاستغلال لا في مال الوقف واليتيم
على ما في اجارات البزازية قال في العمادية نقلا عن ظهير الدين الفتوى في غصب العقار
والدور الموقوفة بالضمان كما ان الفتوى في غصب منافع الوقف بالضمان ثم قال في فوائد صاحب

مطلب لا ضمان على المتلف خمر المسلم وخنزيره

المحيط اشترى دارا وسكنها ثم ظهر انها وقف او كانت للصغير يجب عليه اجر المثل
صيانة لمال الوقف والصغير ولا يضمن ايضا خمر المسلم او خنزيره بالاتلاف
سواء كان المتلف مسلما او ذميا فانه لا ضمان عليهما بالاجماع على ما في العناية لعدم تقومهما
في حق المسلم والضمان في المتقوم وضمن القيمة فيهما اي في الخمر والخنزير لو كانا الذمي
لانهما مال في حقه فيضمنه المتلف سواء كان مسلما او ذميا وقال الشافعي لا ضمان على
المتلف فيها ايضا لانه سقط تقومهما في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا
في الاحكام قال صلى الله عليه وسلم اذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين
وعليهم ما عليهم فاذا سقط تقومها لا يجب باتلافها مال متقوم وهو ما يضمن به
ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير عندهم كالشاة عندنا
فاذا وجد التقوم فيكون متلفا لمال متقوم مملوك فيضمنه المتلف الا انه متلف الخمر
لو كان مسلما يضمن قيمته لا مثله وان كان مثليا لان المسلم ممنوع عن تملكه وتمليكه
ولو كان ذميا يضمن مثله واليه اشار بقوله وان اتلف ذمي خمر ذمي ضمن مثلها لانها
من المثليات والذمي غير ممنوع عن تملك الخمر وتمليكه فيضمن مثلها بخلاف المسلم
فانه ممنوع عن تملكه وتمليكه فيضمن قيمته ولا ضمان باتلاف الميتة ولو وصلية لذمي
وكذا لا ضمان باتلاف الدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين تمولهما ولا باتلاف متروك
التسمية عمدا ولو وصلية لمن يبيحه من المسلمين لان ولاية المحاجة والسيف
ثابتة فيكون ميتة في حقهم فعلم منه حكم متروك التسمية عمدا لمن لم يبحه بطريق
الاولى وان غصب خمر مسلم فخللها بما لا قيمة له بان نقلها من الشمس الى الظل ومن
الظل الى الشمس كذا في الزيلعي اخذها اي الخل المالك بلا شيء لان التخليل تطهير لها
بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملك المالك لان المالية لم يثبت بفعله ولم
يتصل له مال متقوم من الغاصب ولو اتلفها اي الخل الغاصب ضمنها لانه اتلف مال
الغير لا لو تلفت لعدم التعدي منه وان خلل خمر المسلم بالقاء ملح ملكها الغاصب
ولا شيء عليه اي على الغاصب لان الخمر لم يكن متقوما والملح متقوم وقد استهلكه بالخلط

بالخلط بالمتقوم فيرجح جانب الغاصب فيكون له بغير شيء هذا عند ابي ح وعندهما
ياخذها اي الخل المالك ان شاء ويرد قدر وزن الملح من الخل قال في الزيلعي كانها اعتبر
الملح مايعا لانه يذوب فيكون اختلاط المايع بالمايع فيشتركان فيه عندهما ولو اراد
المالك ان لا يأخذ الخل بل يتركه عليه وتضمينه ففيه اختلاف المشايخ قيل ليس له
ذلك بالاتفاق وقيل ليس له ذلك عند ابي ح وعندهما له ذلك وسيأتي بيانه في دبغ
الجلد بماله قيمة ولو اتلفها الغاصب لا يضمن عند ابي ح خلافا لهما قالا انه يضمن
وسيأتي وجه الطرفين في دبغ الجلد بماله قيمة وان خللها بالقاء خل ملكها الغاصب
ولا شيء للمالك عند الامام سواء صارت خلا من ساعتها او بمرور الزمان عليها لان الخلط
استهلاك عنده واستهلاك الخمر لا يوجب الضمان ولانه ملكها بالخلط لا يضمن
لان الانسان لا يضمن ملك نفسه وكذا اي هو للغاصب ولا شيء للمالك عند محمد ان
تخللت من ساعتها لانه استهلكه وملكه وهو غير متقوم وانما التقوم بعد كونه
ملكا له فلا ضمان عليه والا اي ان تخللت بعد زمان فالخل بينهما على قدر ملكهما
اي كيلا على ما في الهداية والزيلعي لانه لم يستهلك الخمر فيصير في التقدير كانه خلط
الخل بالخل والخلط ليس باستهلاك عند محمد وان كان مايعا لان الجنس لا يهلك
بجنسه هكذا ذكره في الزيلعي ثم قال وقيل ظاهر الجواب في هذه المسئلة انه يقسم
بينهما على قدر حقهما سواء صارت خلا من ساعتها او بعد حين اما عندهما فلا يشكل
لان الخلط ليس باستهلاك عندهما وكذلك عند ابي ح لان الخلط انما يوجب زوال الملك
اذا كان يوجب الضمان وههنا قد تعذر وجوب الضمان لان خمر المسلم لا يضمن بالاتلاف
فصار كما اذا اختلط بنفسه من غير صنعة كذا في الزيلعي وفي الهداية وبعض المشايخ
قال انه للمالك ان يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء اي سواء صار خلا بالقاء
الملح او بالقاء الخل وسواء تخللت من ساعتها او بعد زمان وان غصب جلد ميتة
فدبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس اخذه المالك بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب
على ما ذكرناه في مسئلة الخمر ولو اتلفه الغاصب ضمن قيمته مدبوغا وقيل قيمته

طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذى حصله فلا يضمنه ووجه القول الاول
ان صفة الدباغة تابعة للجلد وهى غير متقومة منفردة عن الجلد فاذا صار الجلد مضمونا
عليه بالاتلاف فكذا ما يتبعه من الصفة يكون مضمونا عليه تبعا للاصل وان دبغه
بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك يأخذه اى الجلد المالك ويرد ما زاد الدبغ اى على
الغاصب بخلاف ما اذا خلل خمر مسلم بما لا قيمة له حيث اخذها المالك بلا شئ على ما تقدم والفرق
بينهما ان التخليل تطهير لها بمنزلة غسل الثوب النجس فلا يتصل به مال متقوم على ما تقدم
بخلاف دباغة الجلد بما له قيمة فانه اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ فى الثوب
فيلزمه رد ما زاد الدبغ ثم اشار الى طريق معرفة ما زاد الدبغ بقوله بان يقوم الجلد
مدبوغا ويقوم ذكيا غير مدبوغ ويرد فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى يستوفى
حقه لحق حبس المبيع للبايع للثمن والرهن للمرتهن للدين هذا كله فيما اذا كان الجلد باقيا
فى يد الغاصب بعد الدبغ واما اذا لم يكن باقيا فاشار الى بيان حكمه بقوله وان اتلفه اى
اتلف الجلد الغاصب لا يضمن عند ابى ح وعندهما يضمنه مدبوغا الا قدر ما زاد الدبغ
لهما ان الجلد باق على ملك المالك حتى كان له ان يأخذه فاذا كان باقيا على ملكه وهو مال
متقوم وقد استهلكه يضمنه مدبوغا بالاستهلاك كما اذا خلل خمر مسلم بما له قيمة
ثم اتلفه على ما تقدم فاذا ضمنه مدبوغا يرده المالك ما زاد الدباغ فيه لانه مال
الغاصب كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويرده المالك ما زاد
الصبغ فيه قال فى الزيلعى والعناية قولهما ويرده المالك ما زاد الدبغ فيه محمول
على اختلاف الجنس يعنى ان القاضى يقوم الجلد بالدراهم والدباغ بالدنانير فيضمن
الغاصب القيمة ويأخذ ما زاد الصبغ اما اذا قومهما بالدراهم او بالدنانير فيطرح
عنه ذلك القدر ويأخذ منه الباقى لعدم الفائدة فى الاخذ منه ثم فى الرد عليه ولابى ح
انا لا نسلم ان الجلد مال متقوم بنفسه وانما حصل له التقوم بصنعة الغاصب
وصنعته تقومه لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه حتى استوفى
ما زاد الدباغ فكان التقوم حقا للغاصب وكان الجلد تابعا بصنعة الغاصب فى حق التقوم

التقوم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه بالاتلاف فكذا التابع لئلا يلزم مخالفة
الفرع الاصل كما اذا هلك من غير صنعه فان عدم الضمان هناك باعتبار ان الاصل وهو الصنعة
غير مضمون فكذلك الجلد ولانا الغصب موجب الضمان فى الهلاك والاستهلاك بخلاف
الثوب المصبوغ لان التقوم فيه كان ثابتا قبل الصبغ فلم يكن الثوب تابعا للصنعة
كما فى الجلد المدبوغ بما له قيمة والتقوم يوجب الضمان بالاتلاف هذا ولو كان الجلد المدبوغ
بما له قيمة قائما فى يد الغاصب فاراد المالك ان يتركه على الغاصب وتضمينه قيمته
فهل له ذلك قيل ليس ذلك بلا خلاف لان الجلد لا قيمة له بخلاف الثوب لان له
قيمة قبل الصبغ فلمالكه ان يرده على الغاصب ويضمنه قيمته وقيل ليس له ذلك
عند ابى ح وعندهما له ذلك ولو تلف الجلد المدبوغ بما له قيمة لا يضمن اتفاقا
لما ذكرناه من ان الاصل فيه غير مضمون فكذلك التبع وهو الجلد ومن كسر لمسلم بربطا
وهو آلة من آلات الطرب او طبلا او مزمارا او دفا او اراق له سكرا هو اسم
للنى من ماء الرطب اذا اشتد او منصفا اى ما يذهب نصفه بالطبخ ضمن قيمته
لغير لهو ففى الطنبور يضمن قيمة الخشب المنحوت وكذا الحال فى الطبل والدف
وانما لم يضمن المثل فى السكر والمنصف مع انهما من المثليات لان المسلم ممنوع
من تملك عينه وتمليكه وان كان لو فعل جاز ولذا جاز بيعه عند ابى ح على ما دل عليه
قوله ويصح بيع هذه الاشياء عند ابى ح وقالا لا يضمن هذه الاشياء بالاتلاف
ولا يجوز بيعها وعليه الفتوى لانها معدة للمعصية فسقط تقومها كالخمر
ولان فعله باذن الشرع لقوله صلى الله عليه وسلم بعثت بتكسير المزامير وقتل
الخنازير ولابى ح انه اتلف مالا ينتفع به من وجه آخر سوى اللهو فلا تبطل قيمته
لاجل اللهو كاستهلاك الامة المغنية لان الفساد مضاف الى فعل فاعل مختار
وجواز البيع ووجوب الثمن مبنيان على المالية وقد وجد ذلك بخلاف الصليب حيث
يضمن قيمته صليبا لانه مال متقوم عندهم وقد امرنا بتركهم وما يدينون قيل الخلاف
المذكور فى الطبل والدف الذى يضرب للهو واما الدف والطبل الذى يباح ضربهما

مطلب احكام كسر آلات اللهو واللعب وهل يصح بيعها

فى العرس والغزو فيضمن بالاتفاق وفى الاختيار لو احرق بابا منحوتا عليه نقوش ضمن
قيمته غير منقوش لان نقش التماثيل حرام غير متقوم وان كان مقطوع الرأس يضمن
قيمته منقوشا ومن غصب مدبرة فماتت فى يده ضمن قيمتها مدبرة بالاتفاق لانه
اتلف مالا متقوما فهل يملكها بالضمان قالوا لا يملكها لانها لا تقبل النقل من ملك الى
ملك وقد تقدم فى كتاب العتاق وكذا الحال فى المدبر ولو غصب المكاتب او المكاتبة
وهلك يضمن على ما ذكره قاضيخان فى باب البيع الباطل لكن ذكر فى جناية مبسوط السرخسى
ان المكاتب لا يضمن بالغصب والبيع الفاسد ولو غصب ام ولد فلا ضمان عند ابى ح خلافا
لهما لانها متقومة عندنا غير متقومة عنده وقد تقدم وجههما فى العتاق ولو شق
الزق اى زق الخمر لاراقة الخمر لا يضمن عند ابى يوسف خلافا لمحمد وابو ح مع محمد على
ما دل عليه كلام الزيلعى حيث قال ولو كسر زقا فيه خمر يضمن عندهما لامكان الاراقة بدون
كسر الزق وعند ابى يوسف لا يضمن لانه قد لا يتيسر الاراقة بدونه وذكر فى النهاية ان الزق
لا تضمن بالكسر ان كان باذن الامام والفتوى فى زماننا على قولهما لكثرة الفساد فيما بين
الناس وفيها ايضا ذكر الصدر الشهيد رواية عن اصحابنا انه يهدم البيت على من اعتاد
الفسق وانواع الفساد حتى قالوا ايضا لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين وقيل يراق

العصير ايضا قبل ان يشتد وتقذف بالزبد على من اعتاد الفسق فسرنا الزق بزق الخمر
لان الاختلاف المذكور فيه لا فى زق ما يحل اكله وشربه لانه ذكر فى العمادية نقلا عن العدة
لو شق زق دهن سائل حتى سال ضمن بالاتفاق وكذا فى قطع حبل القنديل ثم قال فيها
لو فتح الزق والسمن جامد فذاب وخرج بالذوب لا يضمن وعند محمد يضمن وفى مبسوط
ابى شجاع اذا شق الرجل راوية انسان فانه يضمن ما شق منها وما سال لانه افسد
عليه ملكه وفى فتاوى سمرقنديان اذا شق راوية رجل فسال ما فيها حتى مال الى الجانب
الآخر فوقعت وتخرقت وسال ما فى الزق الاخر ضمن الشاق الا انه اذا ساقها رب الدابة
مع علمه بالشق لا ضمان على الشاق على كل حال وفى الا يضح ولو حل رباط الزيت فان كان
ذائبا ضمن وان كان جامدا فذاب السمن وسال لا يضمن وفى المختلفات القديمة لو فتح زق

زق سمن او دبس فخرج منه فانه يضمن ولو وقف ساعة ثم سال لا يضمن وقال بعض
المشايخ يضمن على كل حال والصحيح هو الاول ولا ضمان على من حل قيد عبد غيره او رباط
دابته او فتح اصطبلها او قفص طير فذهب العبد او الدابة او الطير خلافا لمحمد
فى الدابة والطير قال يضمن الدابة والطير لانه اتلف مال الغير بخلاف العبد فان له اختيارا
صحيحا فيضاف فراره الى اختياره لانه مباشر ومطلق القيد مسبب والاصل فى الضمان
هو المباشر بخلاف الدابة والطير اذ ليس لهما اختيار صحيح وقالا لا نسلم انه ليس لهما اختيار
بل ترى عيانا انهما يخرجان اختيارا ويذهبان اختيارا كالعبد فلا ضمان فى الكل كما هو رواية
اخرى عن محمد قال فى بعض اصول الفقه كل ما كان الغالب فيه ان يلبث فانه لا يضمن كفتح
باب القفص والاصطبل وحل قيد العبد وما كان الغالب فيه ان لا يلبث فانه يضمن
كشق الزق وحل حبل القنديل وعن ابى القاسم الصفار انه يضمن فى الكل والمودع
اذا فتح باب القفص او الاصطبل وحل قيد العبد حتى ذهب فانه يضمن سواء وقف
ثم ذهب او لم يقف بالاتفاق لانه التزم الحفظ ولهذا اذا دل الغاصب او السارق على
الوديعة ضمن وغيره لا يضمن ولو نفر طير انسان من رجل لا يضمن ولو قصد تنفيره
يضمن ولا على من سعى الى سلطان بمن يؤذيه ولا يندفع ذلك المؤذى من الاذاء الا
بالسعى الى السلطان لانه ليس باختيارى فى سعيه اليه فيعذر او يسعى بمن يفسق
ولا يمتنع عن فسقه بنهيه لانه نهى عن المنكر وهو مأمور به شرعا فلا يضمن ما اخذه
السلطان من ماله بسعيه ولا على من قال لسلطان قد يغرم وقد لا يغرم ان فلانا
وجد مالا او له مال كثير او اصاب ميراثا كثيرا وعنده مال لفلان الغائب فغرمه السلطان
شيئا اى اخذ منه شيئا غرامة وان كان عادته اى عادة السلطان ان يغرم البتة ضمن
الساعى قال فى العمادية نقلا عن صدر الاسلام البزدوى اذا سعى بانسان الى سلطان
فى حق آخر حتى غرمه السلطان مالا روى بعض علمائنا انهم كانوا يفتون ان الساعى يضمن
وبعضهم فرقوا بين سلطان وسلطان فقالوا ان كان السلطان معروفا بالعادة
وتغريم من سعى اليه يضمن وان لم يكن معروفا بذلك لا يضمن قال ونحن لا نفتى به فان هذا

خلافا لاصول اصحابنا فان السعي بسبب محض لاهلاك مال صاحب المال فان السلطان يغرمه
اختيارا لا طبعا ولكن لو راى القاضي تضمين الساعي له ذلك لان الموضع موضع الاجتهاد فنحن
نكل الراي الى القاضي انتهى يعني لا ضمان على الساعي مطلقا عند صدر الاسلام لانه متسبب لا مباشر
لكن للقاضي راي ذلك وكذا لو سعى الى السلطان بغير حق عند محمد زجرا له وبه يفتى
قال في العمادية نقلا عن العدة ولو قال ان فلانا وجد مالا كثيرا او لقطة وقد ظهر انه كان كاذبا يضمن
الا اذا كان السلطان عادلا لا يغرم بمثل هذه السعايات او قد يغرم وقد لا يغرم فلا يضمن
الساعي ولو وقع في قلبه ان فلانا يجيء الى امراته او جاريته فرفع الى السلطان ثم ظهر
كذبه عندهما لا يضمن الساعي وعند محمد يضمن والفتوى على قول محمد لغلبة السعاة
في زماننا ثم ذكر نقلا عن فتاوى قاضي ظهير الدين الساعي اذا سعى بغير ذنب اصلا يضمن
كذا اختاره المتاخرون ولو اطعم الغاصب المغصوب مالكه برئ الغاصب من الضمان وان
وصلية لم يعلم به اي مالكه خلافا للشافعي فانه لا يبرأ به كذا في العمادية وكذا لو كان المغصوب
ثوبا ثم ان الغاصب كساه رب الثوب برئ عن الضمان علم او لم يعلم خلافا للشافعي واجمعوا
انه لو وهبه منه وسلمه اليه او باعه منه وهو لا يعلم به برئ عن الضمان واجمعوا ايضا انه
لو كان المغصوب حنطة فطحنها وخبزها واطعم المغصوب منه او كان المغصوب تمرا فنبذه
وسقاه اياه لا يبرأ به عن الضمان وكذلك لو كان كرباسا فقطعه وخاطه ثم كساه لا يبرأ
لانه كان ملكه بهذه الافاعيل هكذا ذكره عن شيخ الاسلام وذكر قبل هذا ايضا غاصب
الدابة اذا جاء بها الى صاحبها فلم يقبضها منه صاحبها بل تركها حتى ضاعت فلا ضمان
على الغاصب كما لو اخذ منديل انسان ثم رمى بالمنديل الى صاحبه فلم ياخذه بل تركه حتى ضاع
لا يضمن الاخذ الرامي لانه برئ بالرمي عليه ولو باع الغاصب المغصوب بامر القاضي يبرأ عن الضمان
كما لو باعه بامر مالكه اخذ ثوب انسان من بيته بغير امره ولبسه ثم رده الى بيته فوضعه
فيه فهلك برئ من الضمان استحسانا وكذلك لو اخذ دابة غيره من اربها بدون الاذن
ثم ردها الى موضعها فذهب برئ عن الضمان استحسانا هذا كله فيما يبرئ به الغاصب
بفعله وهل يبرئ بفعل المالك فقال في العمادي والمالك اذا اجر المغصوب من الغاصب

من الغاصب يبرأ عن الضمان بنفس العقد كما لو باعه منه ولو اعاره منه لا يبرأ حتى لو هلك
قبل الاستعمال يكون مضمونا على الغاصب اذا قال المالك للغاصب اودعتك المغصوب ثم هلك
في يده يضمن لانه لم يوجد الابراء عن الضمان نصا والامر بالحفظ وعقد الوديعة لا ينافيان
ضمان الغصب ولو امر المالك الغاصب ان يضحي بالشاة المغصوبة فقبل التضحية لا يخرج
عن ضمان الغصب وبعدها يخرج وتوكيل المالك الغاصب ببيع المغصوب لا يبرأ به عن ضمانه
فان باعه ما لم يسلمه وكذا لو باع المالك المغصوب لا يخرج من ضمان الغاصب ما لم يسلمه الى المشتري

كتاب الشفعة

هي في اللغة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها
لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع وبسببها ايصال ملك الشفيع بملك المشتري مجاورة
او خليطا وشرطها كون المبيع عقارا وفي اصطلاح الشرع هي تملك الشفيع العقار احترز
به عن المنقول من الشجر والبناء فانهما من المنقولات ولا شفعة فيهما الا بتبعية العقار كالدار
والكرم والرحاء والبئر كذا في شرح النقاية وسياتي في الباب الاتي من الكتاب ايضا والمراد بالتملك
ما يكون ملكا طيبا كما هو المتبادر فلا شفعة فيما يملكه بالبيع الفاسد وان اتصل به القبض
ما لم يبطل حق البايع في الاسترداد كما سياتي على مشتريه الجار متعلق بالتملك وكذا في قوله
بما قام عليه اي على المشتري اي الثمن احترز به عما ملكه بلا عوض كما بالهبة والارث
والصدقة او بعوض غير عين كالمهر والاجارة والخلع والصلح عن دم عمد فانه لا شفعة في
شيء منها على ما سياتي جبرا اي بغير رضى المشتري فان المشتري لا يرضى به غالبا وتجب
اي تثبت بعد البيع وعبارة قاضيخان هكذا وتثبت بالبيع وانما عدل عنه المص لانه يشعر
ان سبب الشفعة البيع وليس كذلك بل هو اتصال الملك وتستقر بالاشهاد اي تتاكد به قال
في قاضيخان وتتاكد بالطلب ومالهما متقاربان لان الاشهاد يستلزم الطلب وانما لم تتاكد
قبل الاشهاد والطلب لان حق الشفعة ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الطلب والاشهاد
عليه بعد علمه طلبه فلا بد منه لاثبات طلبه عند القاضي ويملك اي الشفيع المبيع بالاخذ اي من
يد المشتري بقضاء او رضاء ولو قال ويملك بقضاء او بالاخذ برضاء لكان اولى لانه بعد القضاء
يملكه سواء اخذه او لا ولذا قال في قاضيخان ويملك بالقضاء او بالتسليم وانما يجب الشفعة

للخليط اى الشريك فى نفس المبيع بان يكون المبيع مشتركا بين رجلين فباع احدهما نصيبه
فان لم يكن خليطا فى نفس المبيع او كان خليطا فيه لكنه سلم الشفعة الى المشترى فللخليط
فى حق المبيع كالشرب والطريق الخاصين ولو كانا عامين فللجار كنهر لا يجرى فيه السفن
مثال للشرب الخاص اى اصغر السفن فالنهر العام عند ابى ح ما يجرى فيه السفن كدجلة
وفرات وجيحون ونيل وذكر شيخ الاسلام ان المشايخ اختلفوا فيه فقيل الخاص ما يتفرق ماؤه
بين الشركاء ولا يبقى اذا انتهى الى اخر الاراضى ولا يكون له منفذ الى المفاوز التى لجماعة المسلمين
والعام ما يتفرق ويبقى وله منفذ وعامة المشايخ على انه ما كان شركاؤه لا يحصون واختلفوا
فيما لا يحصى من خمسمائة او مائة او اربعين او عشرة والاصح انه مفوض الى راى كل مجتهد فى
زمانه فلو باع حصته بشربها فالشفعة للخليط ثم لاهل الساقية ثم لاهل النهر العظيم كذا
فى شرح النقاية نقلا عن السف ومثال الطريق الخاص هذا ما ذكره بقوله وطريق لا ينفذ
اى السكة الغير النافذة ثم للجار الملاصق ولو كان ذميا او عبدا ماذونا او مكاتبا وانما شرع
لدفع ضرر الجار السوء ولو وصلية بابه اى باب عقار الجار ويجوز ارجاعه الى المبيع ايضا فى
سكة اخرى نافذة او غير نافذة قال فى قاضيخان الخليط اى الشريك فى نفس البقعة احق من
الشريك فى حقوق الدار والشريك فى حقوق الدار احق من الجار والجار احق من غيره وصورة
هذا الترتيب منزل بين رجلين فى دار مشتركة بين احد هذين الرجلين وبين رجل اخر سواهما
وهذه الدار فى سكة غير نافذة على ظهر هذا المنزل دار لرجل اخر باب تلك الدار فى سكة اخرى
فباع احد شريكى المنزل فى الدار نصيبه من المنزل كان الشريك فى المنزل اولى بالشفعة من غيره
لانه شريك فى نفس البقعة المبيعة فان سلم هو الشفعة كان الشريك فى الدار اولى بالشفعة
من الشركاء فى السكة لانه شريك فى الطريق الخاص وهو الطريق فى الدار فان سلم هو فاهل
السكة احق بالشفعة لانهم شركاء فى الطريق الخاص فان سلم اهل السكة كانت الشفعة
للجار الملازق وهو الذى على ظهر المنزل انتهى واعلم ان طلب الشفعة واجب على كل من الشفعاء
وان لم يتمكن كلهم من الاخذ وفائدة الطلب يظهر فيما اذا كان الجار لم يطلب الشفعة لكن
الشريك قبله ثم سلم الشريك الشفعة لم يكن للجار شفعة لعدم طلبه اولا كذا فى شرح

شرح النقاية ومن له جذوع على حائطها اى حائط البقعة المبيعة او شركة اى للبايع
فى خشبة موضوعة عليه اى على حائط المبيع جار اى لا خليط وشريك فاذا كان
هو جارا لا يقدم على سائر الجيران فى الشفعة بيانه ان الشركة المعتبرة فى الشفعة
هى الشركة فى العقار لا فى المنقولات والخشبة من المنقولات وبالشركة فيها لا يكون شريكا
فى الدار نفسها فلا يستحق الشفعة بحق الشركة ولكنه يكون جارا ملاصقا
لوجود اتصال بقعة احدهما ببقعة الاخر فيستحق الشفعة بحق الجار الملاصق
فلا يتقدم بذلك على سائر الجيران وكذا لا يكون شريكا فى الدار المبيعة بوضع الجذوع
على حائط المبيع ولكنه يكون جارا ملاصقا لما ذكرناه فلا يقدم به على سائر الجيران
وان فى نفس الجدار فشريك اى ان كان له شركة فى نفس الجدار فشريك لا جار
فيقدم فى الشفعة على الجيران لكن المراد بالشركة فى نفس الجدار هو الشركة فى البناء
مع المكان الذى عليه البناء لا الشركة فى مجرد البناء لان الشركة فى مجرد البناء بدون الارض
لا يستحق بها الشفعة بحق الشركة لما فى الشركة فى خشبة موضوعة على الحائط
نعم يستحق الشفعة بها بحق الجار الملاصق قال فى الزيلعى اذا كان بعض الجيران
شريكا فى الجدار بدون الارض لا يتقدم على غيره من الجيران لان الشركة فى البناء المجرد
بدون الارض لا يستحق بها الشفعة ولو كان البناء والمكان الذى عليه البناء مشتركا
بينهما كان اولى من غيره من الجيران ويتاتى ذلك بان يبنى الشريكان فى الارض المشتركة
ثم يقتسما الارض غير موضع البناء فيبقى البناء وموضعه على الشركة وانما كان
هو اولى من غيره لانه شريك فى بعض المبيع والشريك اولى من الجيران اما فى موضع
البناء فظاهر لكونه شريكا فيه واما فى الباقى من موضع البناء من المبيع فكذلك
اولى فيه عند محمد واحد الروايتين عن ابى يوسف لان الضرر اخص به حيث كان
شريكا فى البعض فيقدم على الجار وفى رواية اخرى عنه هو والجار سواء الا فى موضع
الجدار لان استحقاقه الشفعة فى غير موضع الجدار بالجوار وغيره يساويه فيه
وعلى هذا لو كان بعض الجيران شريكا فى منزل من الدار او فى بيت منها فبيعت الدار

كان هو احق في المنزل من غيره من الجيران واستووا في البقية في رواية عنه لان كلهم
جيران في حق البقية وكذا لو كان دار بين رجلين ولاحدهما فيها بئر مشتركة بينه
وبين آخر غير شريكه في الدار فباعهما كان الشريك في الدار اولى بشفعة الدار لانه
شريك فيها والاخر جار والشريك في البئر اولى بالبئر لانه شريك فيها والاخر جار
ثم ما ذكره المص ههنا كله مذهبنا وقال الشافعي لا شفعة للجار ووجهه والجواب
عنه مذكور في المفصلات وهي اي الشفعة تثبت على عدد الرؤس اي رؤس الشفعاء
اذا كانوا كثيرين لا السهام اي قدر الملك صورته دار بين ثلاثة لاحدهم نصفها
وللاخر سدسها وللثالث ثلثها فباع صاحب النصف نصيبه وطلب الاخران الشفعة
يقضي بالنصف بينهما وكذا لو باع صاحب السدس او الثلث يقضي بالنصف
بينهما هذا عندنا وقال الشافعي الشفعة تثبت بقدر السهام حتى لو باع صاحب
النصف في الصورة المذكورة يقضي بينهما بالشفعة اثلاثا بقدر سهامهما ولو
باع صاحب السدس يقضي بينهما اخماسا ولو باع صاحب الثلث يقضي بينهما ارباعا
استدل الشافعي بان الشفعة من مرافق ملكه لانها لتكميل منفعته وكل ما هو كذلك
فهو مقدر بقدر ملكه كالربح والغلة والولد والثمرة ولنا انهم تساووا في سبب
الاستحقاق وهو الاتصال ولهذا لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا
آية كمال السبب والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في الاستحقاق لا محالة ليثبت
الحكم بقدر دليله فان قيل الاتصال سبب الاستحقاق وصاحب الملك الكثير اكثر اتصالا
فلا يتساويان في السبب قلنا ان كثرة الاتصال توزن بكثرة العلة الا ترى انه الاتصال
بكل جزء علة بدليل ان صاحب القليل لو انفرد استحق الجميع وقد تقرر في الاصول انه
لا ترجيح بكثرة العلة وانما الترجيح بقوتها ولا قوة ههنا في الكثير لظهور القليل في
مقابلة الكثير حيث يستحق صاحب القليل ولو كان مرجوحا لما ظهر في مقابلة الراجح
وقوله ان الشفعة من مرافق ملكه قلنا ممنوع لان التمكن من التملك بملك الغير
لا يجعل الشفعة من ثمرات ملكه ومرافقه كالاب فان له التمكن من تملك جارية ابنه

ابنه ولا يعد ذلك من ثمرات ملكه بخلاف ما استشهد به من الربح والغلة والولد
والثمرة فانها متولدة من الملك فيستحق بقدر الملك وتملك ملك الغير لا يتولد
من ملكه فكيف يجعل من ثمرات ملكه ثم لو اسقط بعضهم حقه قبل القضا له
بحقه من الشفعة فالشفعة للباقين في الكل على عدد رؤسهم ايضا دون سهام
لان السبب في حق كل واحد منهم كامل كما تقدم والتشقيص كان للمزاحمة وقد انقطعت
بالتسليم نظيره الرهن فانه لو كان رهنا عند رجلين فاسقط احدهما حقه او قضى
دين احدهما كان الرهن كله للاخر وليس له ان يأخذ شيئا من الرهن بخلاف ما لو اسقط
حقه بعد القضاء له حيث لا يكون للباقي ان يأخذ نصيب التارك لانه بالقضاء له قطع
حق كل واحد منهم في نصيب المقضي له فليس لهم ان يأخذوا نصيبه بعده والا لزم
ان يكون شخص واحد مقضيا عليه ومقضيا له في قضية واحدة ولا فرق في هذا
بين ما استووا في سبب الشفعة وبين ما يكون بعضهم اقوى كالشريك مع الجار
ولو كان البعض غائبا يقضي بالشفعة بين الحاضرين على عدد رؤسهم لان الغائب
يحتمل ان يطلب وان لا يطلب فلا يترك حق الحاضرين بالشك وان قضي الحاضرين
بالجميع ثم حضر آخر وطلبها يقضي له بالنصف فان حضر ثالث وطلبها يقضي له
بثلث ما في يد كل واحد منهما تحقيقا للتسوية ولو جعل بعضهم نصيبه لبعض
لا يصح ويبطل حقه لاعراضه ويقسم بين الباقين على عدد رؤسهم فاذا علم
الشفيع اعلم انه لا بد في الشفعة من الطلب وهو ثلاثة طلب مواثبة وطلب
اشهاد وطلب اخذ وتملك فاشار الى الاول بقوله اذا علم الشفيع بالبيع متعلق
بعلم يشهد من الاشهاد في مجلس علمه انه يطلبها اي الشفعة ويسمى هذا الاشهاد
او هذا الطلب طلب مواثبة ولا بد له من هذا الطلب لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة
لمن واثبها وشرطه ان يكون على الفور كما علم بالبيع من غير تاخير عملا بلفظ الحديث
لان معنى واثبها طلبها على وجه السرعة والمبادرة ولان سكوته وتاخيره بعد العلم
بالبيع بلا عذر يدل على عدم طلبه فبطل شفعته ولان الشفعة حق ضعيف ولا بد له

من الطلب فور العلم حتى لا يبطل حتى قالوا ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه
فقرأ الكتاب الى اخره بطلت شفعته عند عامة المشايخ وهو رواية عن محمد وفي رواية
عنه ان له مجلس العلم حتى لا تبطل ما لم يوجد منه دليل الاعراض وبه اخذ الكرخي وقال
وهذا بمنزلة خيار المخيرة والامر باليد وقبول البيع فانه يبقى الى ان يوجد منه دليل الاعراض
من القيام من المجلس واستدل عليه بانه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التامل
كما في المخيرة فله التامل الى اخر المجلس ولو قال بعد ما بلغه خبر البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا
بالله او سبحان الله لا تبطل شفعته على هذه الرواية لان الاول حمد على الخلاص من سوء جاره
والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح الكلام به ولا يدل شيء منه على الاعراض وكذا
اذا قال ابتاعها او بكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون
بعض فلا يدل ذلك قبل العلم به على الاعراض وكذا اذا قال خلصني الله تعالى او قال للمشتري حين
لقيه السلام عليكم ورحمة الله طلبت الشفعة او قال كيف اصبحت او قال كيف امسيت او قال
الله اكبر او عطس صاحبه فشمته ثم قال طلبت الشفعة صح طلبه قال في الهداية والعناية
ان الاشهاد في طلب المواثبة ليس بشرط وبينه في العناية بان طلب المواثبة ليس لاثبات
الحق وانما شرط ليعلم انه غير معرض عن الشفعة فلا يشترط فيه الاشهاد وفي تقييده
بالمجلس اشارة الى انه ما اختاره الكرخي تامل ثم اختلفوا في لفظ هذا الطلب قال بعضهم يقول
طلبت الشفعة وانا طالبها واطلبها وقال بعضهم يطلب بلفظ الماضي او المستقبل
ولا يجمع بينهما وقال بعضهم يقول اطلب الشفعة واخذها ولا يقول طلبت الشفعة
واخذتها لانه وقع كذبا ابتداء فلو قال بذلك بطلت شفعته وقال بعضهم لا يقول
اطلب الشفعة واخذها لان ذلك عدة محض والمختار انه يصح بكل لفظ يفهم منه طلب
الشفعة لان الاعتبار بالمعنى وقوله طلبت الشفعة واخذتها انشاء حالي لا ماضوي
فلا يكون كاذبا كما في بعت واشتريت فلا تبطل بها الشفعة وهو الصحيح على ما في العناية
وقال في قاضيخان انه اذا طلب باي لفظ من الماضي او المستقبل يصح طلبه وهل يشترط
العدد والعدالة في الاخبار بالبيع ففي قاضيخان اما طلب المواثبة فوقته فور علم الشفيع

الشفيع بالبيع ففي ظاهر الرواية ان اخبره بالبيع رجلان او رجل وامرأتان او رجل عدل
وسكت هنيهة ولم يطلب الشفعة بطلت شفعته وان اخبره بالبيع رجل غير عدل
او امرأة او عبد او صبي فلم يطلب الشفعة لا تبطل شفعته في قول ابي ح وقالا لا تبطل
لحصول الاعلام بخبر الواحد عدلا كان او لم يكن حرا كان او عبدا صبيا كان او بالغا ولا يشترط
العدد والعدالة عندهما وعند ابي ح يشترط للعلم احد شرطي الشهادة العدد او العدالة
ولما ذكر طلب المواثبة شرع في بيان طلب الاشهاد فقال ثم يشهد على العقار هكذا
في النسخ التي عندنا ولو قال عند العقار على ما في الهداية والزيلعي وغيرهما لكان اولى
او على المشتري او على البايع ان كان المبيع في يده اي يد البايع يعني قبل التسليم الى المشتري
ويسمى هذا الطلب طلب الشهادة وتقريب قال في قاضيخان وانما يسمى هذا طلب
الاشهاد لا لان الشهادة شرط فيه بل لتمكنه اثبات الطلب عند جحود الخصم فان
كان الشفيع حاضرا في مجلس البيع فطلب الشفعة بحضرة البايع او المشتري
كفاه ذلك عن الطلب الثاني اي طلب الاشهاد فيقوم مقام الطلبين وان لم يكن
كذلك بان سمع الشفيع حال غيبته عن المشتري والبايع والمبيع فذهب الى المشتري
او الى البايع او الى المبيع لطلب الاشهاد فالمسئلة على وجوه ان كان البايع والمشتري
والشفيع والدار المبيعة في مصر واحد والدار في يد البايع فالى ايهم يذهب الشفيع وطلب
الشفعة صح طلبه ولا يعتبر فيه الاقرب والابعد لان المصر مع تباعد الاطراف كمكان
واحد الا ان يجتاز على الاقرب ولم يطلب الشفعة فح تبطل شفعته وان كان البايع والمشتري
والدار في مصر واحد والشفيع في بلدة اخرى فالى ايهم ذهب الشفيع الى البايع والدار
في يده او الى المشتري او الى الدار وطلب الشفعة صح طلبه وان كان الشفيع مع احد
المتبايعين في مصر واحد واحد المتبايعين والدار في غير هذا المصر فقصد الشفيع الابعد
لطلب الشفعة وترك الاقرب اليه بطلت شفعته وان كان البايع سلم الدار الى
المشتري فان طلب الشفعة من المشتري واشهد صح طلبه وكذا لو لم يكن الدار في
يد المشتري فطلب من المشتري صح طلبه وان طلب من البايع واشهد ان كانت الدار في يد

البايع صح والا فلا ويصير كانه لم يطلب انتهى والحاصل انه انما يحتاج الى طلب الاشهاد بعد طلب
الاشهاد بعد طلب المواثبة اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب المواثبة بان سمع الشراء حال
غيبة كل من البايع والمشتري والدار المبيعة واما اذا سمع بحضرة احد هؤلاء واشهد على طلب
المواثبة فلا يحتاج بعده الى طلب الاشهاد بل الاول يكفي عن الطلبين ثم انما صح الاشهاد عند
هؤلاء الثلاث لان المشتري والبايع خصم فيه المشتري بالملك والبايع باليد قبل التسليم الى المشتري
واما بعد التسليم اليه فليس بخصم له اصلا لا ملكا ولا يدا فلا يصح الاشهاد عليه واما
عند العقار فلتعلق الحق به فيقول الشفيع هذا شروع في بيان صورة طلب الاشهاد
اشترى فلان هذه الدار وقد كنت طلبت الشفعة اي طلب المواثبة وانا اطلبها اي الشفعة
الآن فاشهدوا على ذلك ويسمى طلب تقرير واشهاد هكذا صوره في الزيلعي وهذا بناء على
الاشهاد عند الدار المبيعة في غيبة المشتري واما صورة الاشهاد على المشتري فعلى ما ذكره في
قاضيخان ان يقول الشفيع للمشتري حين لقيه اطلب منك الشفعة في دار اشتريتها
من فلان التي احد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا وانا شفيعها بالجوار بدار
لي احد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا فسلمها الي ولا بد على طلاقته في الهداية واسنده
والزيلعي لزوم بيان المبيع وبيان تحديده الى ابي يوسف اعلم ان هذا الطلب انما يثبت عند
التمكن من الاشهاد حتى لو تمكن ولم يشهد بطلت شفعته ولو لم يتمكن بان كان الشفيع
في الطريق ولم يجد احدا يوكله لم تبطل قال في قاضيخان ان علم الشفيع بالبيع وهو في طريق
مكة فطلب طلب المواثبة ولم يقدر على طلب الاشهاد بان لم يكن البايع والمشتري فانه
يوكل وكيلا تطلب الشفعة فان لم يوكل ومضى في الطريق فان وجد من يوكله بالطلب
ولم يوكل تبطل شفعته وان لم يجد وكيلا ووجد فيجا اي رسولا يكتب كتابا على يديه ويوكل
بالكتاب وكيلا فان لم يفعل بطلت شفعته وان لم يجد وكيلا ولا فيجا لا تبطل شفعته
حتى يجد لانه معذور انتهى وذكر الثالث بقوله ثم يطلب الشفيع عند قاض فيقول اشترى
فلان دار كذا وانا شفيعها بسبب كذا من الشركة والجوار فمره بالتسليم الي ويسمى
طلب خصومة وتمليك ولا بد له من هذا الطلب اي المشتري من ان يسلم الدار اليه بعد

بعد طلب الاشهاد لانه لا يحكم له بالمبيع بدونه ولا تبطل الشفعة بتاخيره اي تاخير هذا الطلب
اي طلب خصومة وتمليك مطلقا اي بلا تعيين بمدة من شهر او ثلاثة ايام فقط في ظاهر
المذهب عن ابي ح وابي يوسف وعليه الفتوى لان الحق متى ثبت واستقر بطلب المواثبة
والاشهاد لا تبطل الا باسقاطه صريحا كما في سائر الحقوق وهذا فيما اذا تركه من غير عذر لانه
اذا تأخر بعذر المرض او السفر او غيرهما من الموانع ولا يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل
شفعته بتاخير هذا الطلب ابدا بالاتفاق على ما صرح به في العناية وقيل يفتى بقول محمد
انه ان اخره شهرا بلا عذر بطلت لانه لو لم يسقط بتأخير الخصومة ابدا لتضرر به
المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه
عاجل وفي قاضيخان ولو ان الشفيع بعد طلب المواثبة والاشهاد لم يرفع الامر الى القاضي ان
لم يتمكن من الرفع لمرض او حبس او منع مانع ولم يجد من يوكله بالخصومة عند القاضي لا تبطل
شفعته وان لم يرفع مع التمكن من المرافعة ذكر في الكتاب انه على شفعته ابدا وان طال الزمان
قالوا هذا قول ابي ح واختلفت الروايات عن محمد في رواية ان مضى شهر ولم يرفع مع التمكن
بطلت شفعته وفي رواية اخرى اذا مضى شهر وثلاثة ايام وفي رواية عنه اذا مضى ثلاثة
ايام ولم يرفع بطلت شفعته واختلفت فيه عن ابي يوسف ايضا والفتوى على انه شهر
انتهى وفي الزيلعي ان ابا يوسف مع ابي ح في ظاهر الرواية ثم ذكر فيه ولو كان التأخير من مرض
او حبس او عدم قاض يرى الشفعة بالجوار في بلده لا تسقط الشفعة بالاجماع وان طالت المدة
لانه لا يتمكن من الخصومة في مصر فقد عد عدم قاض يرى الشفعة بالجوار من الموانع المرخصة
التاخير وهكذا في قاضيخان ايضا بخلاف ما اذا اجبر اليهود بالبيع يوم السبت فلم يطلب
حيث بطلت شفعته لانه غير معذور في التاخير وكذا لو كان الشفيع في عسكر خوارج
او اهل بغي فخاف على نفسه ان يدخل في عسكر اهل العدل فلم يطلب شفعته لانه غير معذور
ايضا واذا ادعى اي اذا تقدم الشفيع الى القاضي وادعى الشراء على المشتري وطلب الشفعة
عند القاضي سال القاضي المدعى عليه وهو المشتري فان اقر المدعى عليه بملك ما يشفع به
اي سأل القاضي المشتري عن الدار التي يشفع بها الشفيع هل هي ملك الشفيع ام لا

فان اقر انها ملكه او نكل عن الحلف اى عند انكار المدعى عليه بملك ما يشفع به على العلم بملكيته
وانما يحلف على العلم لانه استحلاف على ما فى يد غيره او برهن الشفيع على انها ملكه سأله اى
سال القاضى المشترى عن الشراء فيقول له هل اشتريت ام لا فان اقر به اى بالشراء او نكل عن
اليمين انه ما ابتاع او ما يستحق عليه هذه الشفعة اى من الوجه الذى ادعاه الشفيع من
جهة الشركة او الجار او برهن الشفيع قضى له اى للشفيع بها اى بالشفعة لثبوتها عنده
هذا هو بيان كيفية الطلب للاخذ وقد ذكر فيه سؤال القاضى المدعى عليه عن ملك الشفيع
اولا عقيب طلب الشفيع وليس كذلك بل القاضى يسال اولا المدعى قبل ان يتوجه على المدعى
عليه عن موضع الدار من مصر ومحلة وحدود لانه ادعى حقا فيها فلا بد ان يكون الدار معلومة
لان دعوى المجهول لا يصح فصار كما اذا ادعى رقبتها فاذا بين المدعى ذلك ساله القاضى ايضا
هل قبض المشترى الدار ام لا لانه اذا لم يقبضها لم تصح دعواه على المشترى حتى يحضر
البايع فاذا بين ذلك ساله عن سبب شفعته وحدود ما يشفع بها لان الناس
مختلفون فيه فلعله ادعاه بسبب غير صالح او يكون هو محجوبا بغيره ساله انه متى
علم وكيف منع حين علم لانها تبطل بطول الزمان وبالاعراض وبما يدل عليه فلا بد من كشف
ذلك فاذا بين ذلك ساله عن طلب التقرير كيف كان وعند من اشهد وهل كان الذى اشهد
عنده اقرب من غيره ام لا فاذا بين ذلك كله ولم يخل بشىء من شروطه تم دعواه ثم اقبل
القاضى على المدعى عليه فسأله عن الدار التى يشفع بها اهى ملك الشفيع ام لا فان انكر المدعى
عليه كونها ملكا للشفيع يقول للمدعى اقم البينة انها ملكك فان عجز عن البينة وطلب يمين
المدعى عليه استحلف بالله ما يعلم انه مالك لها عند ابى يوسف وقال محمد يحلف على البتات
فان نكل او قامت للشفيع بينة او اقر المشترى بذلك ثبت ملك الشفيع فى الدار التى يشفع بها
وبذلك يثبت سبب الشفعة وبعد ذلك يسأل القاضى المدعى عليه عن الشراء كما ذكره المص
كذا فى الزيلعى بقى الكلام فى بيان الخصم الشرعى عند الدعوى فقال فى قاضيخان اذا رفع الامر الى
القاضى فان القاضى لا يسمع دعواه الا بحضرة الخصم فان كان الدار فى يد البايع يشترط لسماع الدعوى
حضرة البايع والمشترى وان كانت الدار فى يد المشترى كفى حضرة المشترى ولا يشترط احضار

احضار الثمن وقت الدعوى اى يصح للشفيع دعوى الشفعة من غير احضار الثمن الى مجلس القاضى
فاذا قضى له القاضى بالشفعة لزم احضاره اى احضار الثمن وهذا ظاهر رواية الاصل وعن
محمد ان القاضى لا يقضى له بالشفعة حتى يحضر الثمن وهو رواية الحسن عن ابى ح احترازا عن
توى الثمن وجه الظاهر ان الثمن قبل القضا غير واجب عليه ولا يجب التسليم قبل الوجوب فلا
معنى لاحضاره قبل القضا وللمشترى بعد القضا بالشفعة قبل احضار الثمن حبس الدار
عن الشفيع لقبضه اى الثمن لانهما نزلا منزلة البايع والمشترى وقد كان للبايع حبس
المبيع للثمن عن المشترى فكذا هذا ولا تبطل شفعته بتاخير الثمن بعد ما امر بادائه
لانها تاكدت بالقضا فلا تبطل بتاخير الثمن بخلاف ما اذا اخر قبل القضا بها بعد الاشهاد
عليها فانها تبطل عند محمد لعدم تاكدها بالقضا وللشفيع ان يخاصم البايع ان كان المبيع
فى يده لان يده يد اصالة فيصلح خصما كالمالك بخلاف المودع والمستعير فان يدهما يد امانة
لا يد اصالة فلا يكون خصما ولا يسمع القاضى البينة عليه اى على البايع وان كان الدار فى يده
حتى يحضر المشترى لان الشفيع يطلب القضاء بالملك واليد جميعا والملك للمشترى واليد
للبايع فيشترط حضرتهما بخلاف ما لو كانت الدار المبيعة فى يد المشترى فانه لا يشترط
حضور البايع لانه صار اجنبيا من الدعوى اذ لم يبق له يد ولا ملك اصلا فيسمع الدعوى
على المشترى فقط بدون حضور البايع فينفسخ البيع بحضرته اى بحضرة المشترى ويقضى
بالشفعة على البايع وجه الفسخ ان اخذ المبيع من يد البايع يوجب فوات المبيع قبل القبض
وفواته قبل القبض يوجب فسخ العقد لكونه قبل تمامه كما اذا هلك قبل القبض فى يد البايع
فاذا انفسخ البيع فى حق المشترى يقضى بحق الشفعة على البايع ويجعل العهدة عليه
اى على البايع حتى يجب تسليم المبيع وضمان الثمن عند استحقاق المبيع عليه والوكيل بالشراء
خصم للشفيع ما لم يسلم الدار المبيعة الى الموكل لان حقوق العقد يرجع الى الوكيل قبل
تسليم المبيع الى الموكل والشفعة من حقوق العبد واذا سلم اليه لم يبق له يد ولا ملك
فيرجع الحقوق الى الموكل فيكون الخصم هو الموكل وللشفيع خيار الرؤية والعيب وان
وصلية شرط المشترى اى مع البايع ابراءه منه اى من العيب او راه المشترى

فصل في بيان الاختلاف الواقع بين الشفيع والمشتري في الثمن وان اختلف
الشفيع والمشتري في الثمن وعجزا عن البينة فالقول للمشتري لانه ينكر ما يدعيه الشفيع
من استحقاق الدار عليه باقل الثمنين والقول قول المنكر مع يمينه ولا يتحالفان لانه لم يرد فيه
نص ولا هو في معنى المنصوص عليه من كل وجه لان التحالف عرف بالنص فيما وجد الدعوى والانكار
من الجانبين والمشتري ههنا لا يدعي على الشفيع شيئا فلا يكون في معنى ما ورد به النص فلا يصح
الالحاق به هذا فيما اذا عجزا عن البرهان وان اقام احدهما بينة قبلت بينته وان برهنا
فللشفيع عند ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف للمشتري له ان بينة المشتري اكثر اثباتا
لانه يدعي زيادة الثمن فصار كبينة البايع اذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن واقاما
البينة فانها للبايع لكونها اكثر اثباتا وكبينة الوكيل بالشراء مع بينة الموكل اذا اختلفا
في الثمن فانها للوكيل وكبينة المشتري من العدو مع بينة المولى القديم اذا اختلفا في ثمن
العبد المأسور فانها للمشتري لكونها اكثر اثباتا والشافعي مع ابي يوسف لذلك ولهما
طريقان احدهما انه لا تنافي بين البينتين في حق الشفيع لجواز تحقق البيعين مرة بالف
واخرى بالفين مثلا على ما شهد عليه البينتان وفسخ احدهما بالاخر لا يظهر في حق الشفيع
لتاكد حقه فجاز ان يجعلا موجودين في حقه وله ان ياخذ بايهما شاء بخلاف البايع مع المشتري
لانهما لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول فالجمع بينهما غير ممكن فيصار الى اكثرهما اثباتا
لان المصير الى الترجيح عند تعذر التوفيق وهذا هو التخريج لبينة الوكيل ايضا لانه كالبايع
والموكل كالمشتري فلا يمكن توالي العقدين بينهما الا بانفساخ الاول فتعذر التوفيق على
انها ممنوعة على ما روى ابن سماعة عن محمد رح ان البينة بينة الموكل واما المشتري من العدو
فقد ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم ولم يذكر فيه قول ابي يوسف
ولو سلم ان البينة للمشتري فذلك باعتبار ان التوفيق متعذر اذ لا يصح البيع الثاني هنالك الا
بفسخ الاول وهذه طريقة ابي ح في هذه المسئلة حكاها محمد واخذ بها والطريقة الثانية
حكاها ابو يوسف ولم ياخذ بها وهي ان بينة الشفيع ملزمة لانها اذا قبلت وجب
على المشتري تسليم الدار بما اذا دعاه الشفيع شاء او ابى والملزم من البينتين اولى لانها

لانها وضعت للالزام وبينة المشتري غير ملزمة لانها اذا قبلت لا يجب على الشفيع
شيء ولكنه مخير بين ان ياخذ او يترك وغير الملزم في مقابلة الملزم غير معتبر وان
ادعى المشتري ثمنا والبايع اقل منه اخذه الشفيع بما قال البايع قبل قبض الثمن
وذلك لان الامر ان كان على ما قال البايع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري
وادعى البايع اقل منه فقد حط البايع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما
سياتي بيانه فياخذ بما قال البايع ولان التمليك على البايع كان بايجابه لانه لو لم يقل بعت
لا يثبت للشفيع شيء الا يرى انه لو اقر بالبيع وانكره المشتري يثبت له حق الاخذ
فاذا كان التملك عليه بايجابه كان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فياخذ
الشفيع بقوله وبما قال المشتري بعده اي اخذ الشفيع بما قال المشتري بعد قبض البايع
الثمن عن المشتري ان شاء ولم يلتفت الى قول البايع لان البايع لما استوفى الثمن انتهى
حكم العقد وخرج هو من البين وصار كالاجنبي فبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع
فيكون القول قول المشتري وان عكسا بان ادعى البايع ثمنا والمشتري اقل منه فبعد القبض
يعتبر قول المشتري ولا يلتفت الى قول البايع لما ذكرناه من ان البايع بعد استيفاء الثمن
صار اجنبيا من العقد فلا قول له وبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري فيكون القول له
وقبله يتحالفان ويترادان للحديث المعروف في باب التحالف وان نكل من الحلف اعتبر قول
صاحبه فان نكل البايع اعتبر قول المشتري فياخذه الشفيع بقول المشتري وان نكل المشتري
فياخذه الشفيع بقول البايع وان حلفا فسخ القاضي البيع لما عرف في كتاب الدعوى وياخذه
الشفيع بما قال البايع لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وان كان الفسخ بالقضاء لان القاضي
نصب ناظرا للمسلمين لا مبطلا لحقوقهم هذا كله فيما اذا كان مقبوضية الثمن وعدم مقبوضيته
معلوما للشفيع واما اذا لم يكن معلوما له فلا يخلو اما ان يقر البايع بالقبض او لا يقر فان كان
الثاني فحكمه حكم ما اذا كان الثمن غير مقبوض كما عرفت ذلك وان كان الاول والحال ان المشتري
يدعي اكثر مما يقول البايع والدار في يد المشتري فاما ان يقر اولا بعقد البيع ثم بالقبض او بالعكس
فان كان الاول كما لو قال بعت الدار منه بالف وقبضت الثمن اخذها الشفيع بقول البايع

وهو الالف لانه اذا بدأ بالاقرار بالبيع بمقدار تعلقت الشفعة بالبيع بذلك المقدار ثم بقوله

قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع فيرد عليه وان كان الثاني كما لو قال قبضت الثمن

وهو الف لم يلتفت الى قوله الا بالاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وصار اجنبيا

وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن فاذا كان كذلك يأخذه الشفيع بما قال المشتري هذا

كله في الاختلاف بين الشفيع والمشتري او بين المشتري والبايع في الثمن وان اختلف

الشفيع والمشتري في الطلب بان قال المشتري اني قد اشتريت هذه الدار التي يريد ان يأخذها

بالشفعة منذ سنة وقد علم هذا المدعي بالشراء ولم يطلب الشفعة فيقول القاضي للمدعي

متى اشتري هو هذه الشفيع مع يمينه وان قال الشفيع علمت منذ سنة وطلبت وقال

المشتري لم تطلب كان القول قول المشتري وهكذا البكر اذا زوجت وبلغها الخبر فردت فاختصما

الى القاضي فقال الزوج حين بلغها الخبر سكتت وقالت رددت حين علمت كان القول قولها

ولو قالت علمت يوم كذا ورددت لا يقبل قولها ولو قال الشفيع لم اعلم بالشراء الا الساعة

كان القول قوله وعلى المشتري البينة انه علم قبل ذلك ولم يطلب ولو قال المشتري انه

لم يطلب الشفعة حتى لقيني وقال الشفيع طلبت الشفعة كان القول قول المشتري ويحلف

بالله انه لم يطلب الشفعة حتى لقيك ولو قيل للشفيع متى علمت فقال امس او في يومي قبل هذه

الساعة لا يقبل قوله الا بالبينة ولو ان رجلا ادعى شفعة بالجوار قبل رجل لا يرى الشفعة بالجوار

فانكر المدعى عليه وقال لا شفعة له كان القول قوله مع يمينه ويحلف بالله ما لهذا قبلك

شفعة على قول من يرى الشفعة بالجوار ولا يحلفه ما لهذا قبلك شفعة في هذا الدار لانه لو حلف

على هذا الوجه يحلف بناء على مذهبه فيفوت حق المدعي رجلان تبايعا فطلب الشفيع الشفعة

بحضرة البايع والمشتري فقال البايع كان البيع بيننا بيع معاملة وصدقه المشتري وانكره الشفيع

فالقول قول الشفيع وهما لا يصدقان على الشفيع على ما ذكره محمد ابن الفضل اشترى دارا لابنه

الصغير وارادا الشفيع ان يأخذ بالشفعة واختلفا مع الشفيع في الثمن كان القول قول الاب ولا يمين

على الاب لان فائدة الاستحلاف الاقرار واقرار الاب لا يصح على الصغير اشترى دارا فحضر الشفيع فاراد

ان يأخذ الدار فقال المشتري احدثت فيها بناء وقال الشفيع لا بل اشتريتها مبنية كما هي كان القول قول المشتري

المشتري وان اقاما البينة كانت بينة الشفيع اولى وكذا لو اشترى ارضا فحضر الشفيع وفيها

اشجار واختلفا على هذا الوجه يكون قول المشتري اذا لم يكذبه الظاهر بان قال احدثت فيها

الاشجار امس فانه لا يقبل قول المشتري وان قال اشتريت منذ عشرين يوما واحدثت

فيها الاشجار قبل قوله وان قال المشتري اشتريت البناء بخمسماية درهم ثم اشتريت

الارض بعد ذلك او قال اشتريت الارض بدون البناء اولا ثم اشتريت البناء بعقد آخر فلا

شفعة لك في البناء وقال الشفيع لا بل اشتريتهما معا في صفقة واحدة في القياس يكون

القول قول المشتري وفي الاستحسان يكون القول قول الشفيع لان المشتري ينكر الشفعة في

البناء لتفرق الصفقة بعد قيام سبب الشفعة ظاهرا فلا يقبل قوله ولو قال المشتري

وهب لي البناء اولا ثم اشتريت الارض كان القول قول المشتري ويأخذ الشفيع الارض

بدون البناء ولو قال اشتريت النصف ثم النصف الآخر وقال الشفيع بالجوار اشتريت الكل

بعقد واحد كان القول قول الشفيع استحسانا وان اقاما البينة كانت البينة بينة المشتري في

قول ابي يوسف لانه هو المحتاج الى البينة وعلى قول محمد البينة بينة الشفيع وان قال المشتري

وهب لي هذا البيت من الدار بطريقه الى باب الدار ثم باعني ما بقي من الدار بالف درهم

وقال الشفيع بل اشتريت الكل بالف درهم كان القول قول المشتري في البيت ويأخذ الشفيع

كل الدار غير البيت وطريقه ان شاء بالف وان جحد البايع هبة البيت كان القول قوله مع يمينه

الكل في قاضيخان وان حط البايع عن المشتري بعض الثمن يأخذ الشفيع بالباقي من الثمن

وان حط الكل يأخذ بالكل لان حط البعض قبل القبض يلتحق باصل العقد فيصير كانه اشتراه

بذلك الباقي فيظهر ذلك في حق الشفيع لانه انما يأخذ بالثمن والثمن هو ما بقي ولا فرق في ذلك

بين ان يكون الحط قبل اخذه بالشفعة او بعده لوجود الالتحاق في الصورتين فيرجع الشفيع

على المشتري بالزيادة ان كان اوفاه الثمن ولو حط بعض بعد تسليمها الشفعة كان له ان يأخذها

بالباقي لانه تبين له ان الثمن اقل فلا يصح تسليمه بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد

لئلا يخرج العقد عن موضوعه لانه لو التحق به لكان هبة او بيعا بلا ثمن وهو فاسد فلا

شفعة فيهما وان حط النصف ثم حط النصف الآخر يأخذ الشفيع بالنصف الاخير

لانه ما حط النصف الاول التحق باصل العقد فوجب عليه نصف الثمن فلما حط النصف الاخر كان
حطا للجميع فلا يسقط كما لا يسقط اذا الكل ابتداء وان زاد المشتري في الثمن لا يلزم الزيادة الشفيع
لانه استحق اخذه بالثمن المسمى قبل الزيادة فلا يملك ابطال حقه الثابت له فلا يتغير العقد
في حقه كما لا يتغير بتجديدهما العقد لما يلحقه بذلك من الضرر لانه يحتمل انهما تواضعا
على ذلك اضرارا بالشفيع بخلاف الحط لانه نفع له واذا كان الثمن مثليا الزم الشفيع مثله
وان كان قيميا فقيمته لان الشفيع يتملكه بمثل ما يتملكه المشتري ان مثليا فمثلي وان قيميا فقيمي
حتى لو باع دارا بدار اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الاخر لانها من القيميات وان كان
الثمن مؤجلا اخذ الشفيع بثمن حالة او بطلب الشفعة في الحال ويأخذ الدار بعد مضي
الاجل يعني ان الشفيع مخير بين الامرين وليس له ان يأخذها في الحال بثمن مؤجل عندنا وقال
زفر والشافعي في القديم له ذلك لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة
بالثمن فيأخذه باصله ووصفه معا كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط
فيما بين الشفيع والبايع او المشتري فلا اجل فيما بين الشفيع وبينهما ولانه لا بد في الشفعة
من الرضى لكونها مبادلة ولا رضاء في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضاء به في حق المشتري
ليس برضى في حق الشفيع ولا مستلزما له لتفاوت الناس في الملاءة والافلاس والوفاء والمطل
ولا نسلم ان الاجل وصف في الثمن لان وصف الشيء يتبعه لا محالة وهذا ليس كذلك لانه حق المشتري
والثمن حق البايع فكيف يكون وصفا له والا لزم ان يكون الاجل حقا للبايع ايضا ثم للشفيع ان
يأخذها بثمن حال ان شاء من البايع ومن المشتري فان اخذها بثمن حال من البايع سقط الثمن
من المشتري لتحول الصفقة الى الشفيع فصار المشتري اجنبيا وان اخذها من المشتري
رجع البايع على المشتري بثمن مؤجل كما كان واليه اشار بقوله ولا يتعجل ما على المشتري
من الثمن المؤجل لو اخذ الشفيع بالحال اي بالثمن الحال لان الاجل ثبت بالشرط فلا
يبطل باخذه الشفيع بثمن حال كما لا يبطل ببيعه من غير الشفيع بثمن حال ولو سكت
الشفيع فيما كان الثمن مؤجلا الى اجل معلوم عن الطلب ليحل الاجل بطلت شفعته عند
ابي ح ومحمد وهو قول ابي يوسف اولا خلافا لابي يوسف له ان الطلب ليس بمقصود لذاته

لذاته بل الاخذ وهو لا يتمكن من الاخذ في الحال قبل حلول الاجل بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه
في الحال فلا يكون سكوته دليل الاعراض حتى يبطل شفعته ولهما ان حق الشفيع قد ثبت
ولهذا كان له ان يأخذها بثمن حال ولولا ان حقه ثابت لما كان له الاخذ في الحال والسكوت
عن الطلب في الحال بعد ثبوت حقه دليل الاعراض فيبطل به شفعته فلا بد له من الطلب
وان لم يتمكن من الاخذ قبل حلول الاجل ولو اشترى ذمي بخمر او خنزير يأخذ الشفيع
الذمي بمثل الخمر لان الذمي يملك مثل الخمر وهو من المثليات فيأخذه بمثله واحترز بقيد
الذمي عن المرتد اذ لا شفعة له وعن الشفيع المسلم لما سيأتي ذكره وقيمة الخنزير
لان الذمي يملكها وهو من القيميات فيأخذه بقيمته والمسلم اي يأخذه الشفيع المسلم
بالقيمة فيهما اي في المشتري بخمر وخنزير لان المسلم لا يملك شيئا من الخمر والخنزير
فيأخذه بالقيمة فيهما فان قيل قيمة الخنزير تقوم مقام عينه لان قيمة ما يكون من القيميات
تقوم مقامه فوجب ان يحرم على المسلم قيمته ايضا بخلاف قيمة الخمر لانه من المثليات
فلا يقوم قيمته مقامه فيجوز على المسلم تمليك قيمته قلنا انما يحرم على المسلم تمليك
قيمة الخنزير اذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير وليس كذلك لانها ههنا بدل عن الدار لا عن الخنزير
والمستأمن كالذمي في جميع ما ذكر من الاحكام لالتزامه احكامنا مدة اقامته في دارنا
فصار كالذمي في تلك المدة كذا في الزيلعي ولو بنى المشتري او غرس اي على الارض المشفوعة
اخذها اي الارض المشفوعة الشفيع بالثمن الذي اشترى بذلك الثمن المشتري وبقيمتهما
اي قيمة البناء والغرس مقلوعين اي مستحق القلع لا مقلوعا بالفعل على ما تقدم الفرق
بينهما في كتاب الغصب كما في الغصب او كلف المشتري قلعهما اي قلع البناء والغرس
وعن ابي يوسف انه لا يكلف بالقلع بل يخير بين ان يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس
وبين ان يترك وهو احد قولي الشافعي وله قول اخر وهو ان يقلع الغرس ويعطي قيمة
البناء لابي يوسف انه ليس بمتعد في البناء والغرس بل بناء وغرس بناء على انها ملكه
فيكون محقا في البناء والغرس والمحق في الشيء لا يكلف بقلعه لان التكليف بالقلع من احكام
العدوان كالموهوب له اذا بنى او غرس ليس للواهب ان يكلف بالقلع بل يرجع في الارض

وكالمشتري شراء فاسدا اذا بنى او زرع فانه ليس له ان يكلف بقلع البناء والزرع ووجه ظاهر الرواية ان المشتري بنى وغرس في محل تعلق به حق متاكد للغير بحيث لا يقدر على اسقاطه جبرًا من غير تسليط من جهة من له الحق وكل ما هو كذلك نقض كالراهن اذا بنى او غرس في المرهون وهذا لان حق الشفيع اقوى من حق المشتري ولهذا تنتقض جميع تصرفات المشتري حتى الوقف والمسجد والمقبرة على ما في الزيلعي بخلاف بناء الموهوب له والمشتري شراء فاسدا فان بناءهما حصل بتسليط الواهب والبايع فليس لهما التكليف بالقلع ولا تسليط ههنا من الشفيع فله ان يكلف بالقلع ولو استحقت الارض المشفوعة بعدما بنى الشفيع او غرس فكلف المستحق الشفيع بقلع البناء والغرس فقلع الشفيع البناء والغرس رجع الشفيع على المشتري بالثمن لانه تبين ان المشتري اخذ الثمن من الشفيع بغير حق لان الارض لم يكن في ملكه فيسترد منه الثمن فقط اي دون قيمة البناء والغرس لا على البايع ان كان اخذها منه قال في الزيلعي معناه انه لا يرجع بما نقص البناء والغرس بالقلع ثم هذا جواب ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يرجع بقيمة البناء والغرس ايضا لانه متملك عن المشتري فكان كالمشتري والمشتري في صورة الاستحقاق يرجع على البايع بالثمن وقيمة البناء فكذلك الشفيع ووجه الظاهر هو الفرق بينه وبين المشتري بان المشتري مغرور من جهة البايع مسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشتري لان الشفيع اخذها منه جبرًا وان جف الشجر او انهدم البناء يعني اشترى ارضا فيها شجر او بناء فجف الشجر او انهدم البناء من غير صنع احد عند المشتري فياخذها اي الارض الشفيع بكل الثمن ان شاء ولا يسقط من الثمن شيء لان الشجر والبناء تابعان للارض حتى يدخلان في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن قال في الزيلعي هذا اذا انهدم البناء ولم يبق نقض من البناء ولا حطب او خشب من الشجر واما اذا بقي شيء من ذلك واخذه المشتري فليس للشفيع اخذه لانفصاله من الارض حيث لم يكن تبعا للارض فلا بد من سقوط بعض الثمن بحصة ذلك لانه عين مال قائم بقي محتبسا عند المشتري فيكون له حصة من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم

يوم الاخذ بالشفعة وان هدم المشتري البناء اخذ الشفيع العرصة بحصتها من الثمن وليس له اخذ النِقض بكسر النون اي المنقوض من البناء وهذا لانه صار بالاتلاف مقصودا فيقابله شيء من الثمن بخلاف ما اذا انهدم من غير صنع لان الهلاك فيه بآفة سماوية فلا يقاس عليه فاذا كان له حصة من الثمن يقسم الثمن على قيمة الارض والبناء يوم العقد عليهما بخلاف ما اذا انهدم بآفة سماوية وكان النقض باقيا عند المشتري حيث يعتبر فيها قيمة النقض يوم الاخذ بالشفعة لانه صار له قيمة بالحبس هذا وتقييد الهدم بالمشتري ليس باحتراز عن الاجنبي لان نقض الاجنبي كنقض المشتري في الحكم المذكور على ما في الزيلعي وان اشترى المشتري الارض مع شجر مثمر اي عليه ثمر وقت الشراء او غير مثمر اي لا ثمر له وقت الشراء فاثمر في يده اخذهما الشفيع مع الثمر فيهما استحسانا والقياس ان لا يكون له اخذ الثمر لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها وجه الاستحسان انه بالاتصال خلقة صار تبعا من وجه ولانه متولد من المبيع فيسري اليه الحق الثابت في الاصل كالمبيعة اذا ولدت قبل القبض فان المشتري يملك الولد تبعا للام فكذا هذا فان جزه اي الثمر في الفصلين المشتري فليس للشفيع اخذه اي الثمر لبطلان تبعيته بالكلية بالانفصال وياخذ الشفيع ما سواه اي ما سوى الثمر المقطوع من الارض والشجر بالحصة من الثمن في الاول اعني ما اشتراه المشتري مع شجر مثمر وبكل الثمن في الثاني اعني اشتراها شجر غير مثمر فاثمر في يده وهذا لان الثمر في الاول كان داخلا في العقد لوجوده حين العقد فيكون له حصة من الثمن فيسقط حصته منه بالقطع بخلاف الفصل الثاني لان الثمن فيه لم يكن موجودا عند العقد فلا يدخل عند الاخذ في المبيع الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب فيه وما يبطلها

انما يجب اي تثبت الشفعة قصدا احترز به عن البناء والشجر في بيع العقار لان الشفعة فيهما تجب تبعا للعقار في بيع عقار وهو ما له اصل من دار او ضيعة اطلقه فشمل ما يقسم وما لا يقسم كالبئر والرحا والحمام والنهر والطريق لان الشفعة تجب فيها عندنا وقال الشافعي لا تجب فيما لا يقسم بناء على اصله من ان

تجب عنده لدفع اجرة القسام ومؤنة القسمة فلا يتحقق الا فيما يقسم قلنا لا نسلم
انها تجب لدفع ذلك بل تجب لدفع ذلك ضرر سوء الجوار على الدوام وذلك لا يختص بما
يقسم بل يجري فيما يقسم وما لا يقسم والنصوص تشهد لنا ايضا منها قوله صلى الله
عليه وسلم الشفعة في كل شيء عقار او ربع الى غير ذلك من العمومات والربع الدار ملك
على صيغة المجهول صفة عقار بعوض هو مال احترز بقوله بعوض عما ملك بهبة
فان الشفعة لا تجب فيها وبقوله هو مال عما اذا ملك بعوض غير مال كالمهر والخلع والصلح
عن دم العمد والعتق ونحو ذلك فان الشفعة لا تجب في هذه الاشياء على ما سيأتي
فان وصلية لم يمكن قسمته كرحى اي بيت رحى على ما في العناية وحمام وبئر ونهر وطريق
وفيه خلاف الشافعي على ما ذكرناه من قبل ولا تجب اي لا تثبت في عرض لقوله صلى
الله عليه وسلم الشفعة في كل عقار لان سكوته عليه السلام في محل البيان يفيد نفي
الحكم عن غير المذكور وفلك قال مالك تثبت الشفعة في السفينة لانها تسكن
كالعقار ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا شفعة الا في ربع وحائط والربع الدار وبناء وشجر
بيعا اي البناء والشجر بدون الارض لانهما منقولان ولا شفعة في المنقول عندنا الا تبعا
للعقار حتى لو بيعا مع الارض تثبت الشفعة فيهما تبعا للارض بخلاف العلو فانه
تجب فيه الشفعة بدون السفل على ما سيصرح به وكذا لا شفعة في بناء او شجر
بني او غرس على ارض الوقف وعلى الارض الاميرية ولا في ارث وصدقة وهبة بلا عوض
مالي مشروط وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه
المشتري في المثليات وبقيمته في القيميات فقد شرط الشرع في تملك الشفيع ان يكون
تملكه بسبب كان المشتري تملكه بذلك السبب لا بانشاء سبب اخر ولهذا لم يثبت الشفعة
فيما ملكه بالارث والصدقة والهبة بلا عوض مشروط لانه لو اخذ الموهوب والمتصدق
والموروث بالشفعة اخذه بعوض مالي لا مجانا فكان اخذه بسبب غير السبب الذي تملك
به الوارث والفقير والموهوب وهذا قلب الموضوع بخلاف الهبة بعوض مالي مشروط
في العقد وقد وجد القبض بان وهب دار الرجل على ان يهب الموهوب له الف درهم

درهم وتقابضا فان فيه الشفعة لانه في معنى البيع فيأخذه الشفيع بذلك العوض
وما بيع اي لا شفعة فيما بيع بخيار البايع لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه وبقاء ملكه
يمنع وجوب الشفعة لان شرط ثبوتها ان يخرج عن ملك البايع ويدخل في ملك المشتري
وخيار البايع يمنع ذلك بخلاف ما اذا اسقط البايع خياره فانه تثبت الشفعة لوجود
المقتضي وزوال المانع واختلف في اشتراط الاشهاد للشفيع عند سقوط الخيار
قالوا الاصح انه يشترط لان البيع انما صار سببا لزوال الملك في ذلك الوقت وبخلاف
ما اذا اشترى بشرط الخيار حيث يثبت له الشفعة لان خيار المشتري لا يمنع زوال
الملك عن البايع ووجوب الشفعة يبتني عليه وسيأتي ذكره او بيعا فاسدا لان البيع
الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك للمشتري فيكون ملك البايع باقيا على ملكه فلا
يثبت للشفيع حق الشفعة وبعد القبض وان كان يفيد الملك لكن حق البايع باق
فيها ولهذا كان واجب الرفع بالفسخ لدفع الفساد ويحرم على المشتري التصرف فيها
وفي اثبات الحق للشفيع تقرير الفساد فلا يجوز والا لتحول ذلك الفساد بعينه الى
الشفيع ما لم يسقط البايع الذي باع بخيار الشرط او بيعا فاسدا حق الفسخ اعني
الخيار في الاول وبناء المشتري في الدار المشفوعة او اخراج المشتري المبيع عن ملكه بالبيع
او الهبة او جعله مهرا وغير ذلك في الثاني اما سقوط الخيار للبايع فقد تقدم بيانه
واما بناء المشتري فيها فلان حق البايع ينقطع به فلا يملك الاسترداد لان حق
البايع في الاسترداد في البيع الفاسد لحق الشرع والبناء حق المشتري وحق العبد
مقدم على حق الله تعالى لاحتياج العبد وقد بنى المشتري بتسليط البايع فلا يكون
له نقض واما اخراج المشتري المبيع عن ملكه بالبيع او غيره فلانقطاع حق البايع
ايضا فان المشتري بالشراء الفاسد لو باع المبيع من الغير بالبيع الصحيح يخرج المبيع عن
ملكه فكان للشفيع ان يأخذه بالشفعة باي البيعين شاء لانقطاع حق البايع فان
اخذه بالبيع الثاني اخذه بالثمن لان البيع الثاني صحيح والواجب فيه الثمن فيأخذه
به وان اخذه بالبيع الاول اخذه بالقيمة لان الواجب فيه القيمة لفساد هذا البيع

ولا يعود حق البايع بنقض البيع الثاني ليأخذه الشفيع لان البيع الثاني كان صحيحا مفيدا
للملك وانما فسخ لحق الشفيع ولو عاد حق البايع لبطل حق الشفيع وذلك باطل لان
ما يكون من مقتضيات حق شخص لا يثبت على وجه يبطل حقه والا لزم استلزام
وجود شيء عدمه وهو محال ولو اخرجه عن ملكه بالهبة او جعله مهرا او بدل خلع
اخذه الشفيع بالقيمة ولا فيما قسم بين الشركاء يعني لو اقتسم الشركاء العقار بينهم
فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة يشتمل الافراز والمبادلة والشفعة ما شرعت
الا في المبادلة المطلقة وهي المبادلة من كل وجه او جعل العقار اجرة بان استاجر
دارا من رجل وجعل العقار اجرة له او جعله بدل خلع او بدل عتق بان اعتق عبدا على
دار او بدل صلح عن دم عمد او جعله مهرا لامرأة تزوجها والاصل ههنا ما ذكرناه في الارث
والصدقة والهبة وتوضيحه ان الشرع لم يشرع التملك بالشفعة الا بما يملك به المشتري
صورة ومعنى كما في المثليات او معنى كما في القيميات ولا يمكن ذلك اذا تملك العقار بهذه المعاني
لانها ليست باموال ولا مثل لها حتى يأخذها الشفيع بمثلها فلا يمكن مراعاة شرط
الشرع وهو التملك بما يملك به المشتري فلم يكن مشروعا وفيها خلاف الشافعي
اطلق المهر فشمل المهر المسمى بان جعل العقار مهرا مسمى حين العقد او بعد العقد
ومهر المثل بان تزوجها بغير مهر ثم فرض لها عقارا بدل المهر المثل بخلاف ما لو باع
العقار من زوجته بمهر مسماها او بمهر مثلها فانه يثبت فيه الشفعة لانه مبادلة
مال بمال لانه ما اعطاها من العقار بدل عما في ذمته من المهر كذا في الهداية والزيلعي
وان وصلية قوبل ببعضه اي بعض العقار الذي جعله مهرا مال وذلك بان
تزوج امرأة على دار على ان ترد المرأة على الزوج الف درهم في مقابلة بعض الدار فلا
شفعة في شيء من الدار عند ابي ح لان معنى البيع فيه تابع ولا شفعة في المتبوع فكذا
في التابع وعندهما تجب الشفعة في حصة المال لانه مبادلة مال بمال في الحصة فتجري
فيه الشفعة ولا فيما صولح عنه اي ولا شفعة في عقار صولح عنه بمال لانه اذا صالح
عنه بانكار بقي العقار في يده وهو يزعم انه لم يزل عن ملكه والشفعة تبتني على

زوال الملك او سكوت لانه يحتمل بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه
كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنه باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده
بالصلح فكان مبادلة مال بمال فتجري فيه الشفعة وتجب الشفعة اي تثبت فيما
اي في عقار صولح عليه باحدهما اي بانكار او سكوت وكذا باقرار على ما في الهداية لانه اخذه
عوضا عن حقه في زعمه فكان مبادلة مال بمال ولا بد ان يكون العوض من غير جنس حقه
لانه اذا كان من جنس حقه كان آخذا حقه فليس فيه معاوضة فلا تجب فيه الشفعة
كذا في الهداية والعناية ولا فيما سلمت شفعته ثم رد بخيار رؤية او شرط او
بخيار عيب بقضاء يعني اذا سلم الشفيع الشفعة ثم رد العقار على البايع بخيار
رؤية او شرط كيف ما كان او بخيار عيب بقضاء قاض لا شفعة فيها لانه فسخ من
كل وجه فلا يمكن ان يجعل عقدا جديدا فعاد الى قديم ملك البايع والشفعة
تجب في الانشاء لا في البقاء على ما مر ولا فرق في ذلك بين ان يكون الفسخ قبل القبض
او بعده وما رد به اي بخيار عيب بلا قضاء او بالاقالة تجب الشفعة فيه لان
الاقالة بيع جديد في حق الثالث وهو الشفيع على ما تقدم في الاقالة فتجري فيها الشفعة
والرد بعيب بلا قضاء ليس بفسخ من كل وجه بل هو اقالة فتجري فيها الشفعة
ايضا قال في الهداية والعناية اذا رد بعيب بقضاء قاض لا فرق فيه بين القبض
وعدمه في عدم ثبوت الشفعة واما اذا رد بعيب بغير قضاء فان كان الرد قبل
القبض فلا شفعة فيه ايضا لانه فسخ لا بيع من الاصل وان كان الرد بعد القبض
ففيه الشفعة وقال الزيلعي انما يستقيم هذا على قول محمد لان بيع العقار عنده
لا يجوز قبل القبض كما في المنقول فلا يمكن حمله على البيع فيحمل على الفسخ ويجب
الشفعة اي يثبت في العلو وحده اي بدون السفل بخلاف البناء بدون العرصة فانه
لا تجب الشفعة في البناء وحده بدون العرصة على ما تقدم في اول هذا الباب وفي السفل
بسببه اي بسبب العلو ولا يخفى عليك ان هذه المسئلة لم يقع في محله لان محله عقيب
قوله في اول الباب وبناء وشجر بيعا بدون الارض بان يقول هكذا ولا تجب في عرض وفلك

وبناء وشجر بيعا بدون الارض بخلاف العلو بدون السفل فانه تجب فيه الشفعة بدون
السفل وبسببه تجب الشفعة في السفل ايضا على ما وقع في الهداية حيث قال فيها ولا
شفعة في البناء والنخل اذا بيعا بدون العرصة بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة
ويستحق بها الشفعة في السفل ثم لا يخفى ان استحقاق الشفعة في السفل بسبب
العلو قد يكون بالجوار وقد يكون بالشركة والاول فيما كان طريق العلو في السكة لا في
السفل فانه ح يكون العلو جارا للسفل والثاني فيما كان طريق العلو في السفل فانه ح يكون
العلو شريكا للسفل في الطريق الخاص فيكون مقدما على الجار في حق الشفعة قال
في قاضيخان علو لرجل وسفل لآخر وطريق العلو في السكة العليا لا في السفلى باع صاحب
السفل سفله كان لصاحب العلو ان يأخذ السفل بالشفعة لان السفل متصل
بالعلو فكانا جارين ولو ان صاحب العلو طلب الشفعة فانهدم العلو قبل ان يأخذ
او كان العلو منهدما حين بيع السفل كان لصاحب العلو ان يأخذ السفل بالشفعة
في قول محمد لان له حق التعلي على السفل فيأخذ بذلك وقال ابو يوسف اذا انهدم العلو
لا شفعة له وصاحب السفل شفيع العلو احق من الجار في قول الكل اذا لم يكن
للجار شركة في الطريق انتهى قلت يوضح وجه الطرفين ان محمدا قال ان الشفعة في
العلو لا تستحق بعين البناء لان البناء مما يحول وينقل فيكون من المنقول وقد تقدم
انه لا شفعة في المنقول وانما تستحق بسبب قرار البناء اعني حق التعلي وهذا قائم
لم يزل بانهدام البناء ولذا كان لصاحب العلو البناء على السفل وان لم يرض صاحب
السفل فاذا قام السبب للشفعة بعد الانهدام كان له حق الشفعة بعده وقال ابو يوسف
ان الشفعة انما تستحق بما هو مملوك للشفيع بدليل ان الساكن لا يستحق الشفعة
لانعدام الملك وحق التعلي غير مملوك لانه عبارة الهواء وانما المملوك هو البناء
وقد انعدم بالانهدام فلم يبق له سبب الشفعة قبل ان يأخذ فيبطل شفعته وعلى
هذا الخلاف ايضا انه اذا بيعت دار بجنب السفل فانهدم العلو والسفل قبل الاخذ
بالشفعة قال ابو يوسف الشفعة لصاحب السفل فقط وقال محمد لصاحب السفل

السفل والعلو معا كذا في المجمع وشرحه وفيما بيع اي تجب الشفعة في عقار بيع بخيار
المشتري لان خيار المشتري لا يمنع زوال الملك عن البايع ووجوب الشفعة يبتنى
عليه فان اخذه الشفيع في ايام الخيار اعني الثلاث لزم البيع لعجز المشتري عن الرد
على البايع ولا خيار للشفيع لان خيار الشرط لا يثبت الا بالشرط والشرط كان للمشتري
لا للشفيع بخلاف خيار البايع فانه يمنع الشفعة كما تقدم آنفا وان بيعت دار
متصلة بجنب الدار المبيعة بالخيار الباء متعلق بالمبيعة فالشفعة لمن له الخيار
بايعا او مشتريا اما البايع فظاهر لان ملكه باق في الدار المبيعة بالخيار وهي التي
يشفع بها لان خيار البايع لا يخرج المبيع عن ملكه فاذا كان ملكه باقيا كان له الشفعة
واما المشتري ففيه اشكال لان اصل المجمع ان المشتري بخيار الشرط لا يملك المبيع
في مدة الخيار له والشفعة لا تستحق الا بالملك فكيف يكون حق الشفعة ويكون
الاخذ بالشفعة اجازة للبيع الاول من المشتري اي اذا اخذها المشتري بالشفعة
يكون اخذه بالشفعة اجازة للبيع الاول فيسقط خياره فيملك المبيع الاول
بالبيع الاول والمبيع الثاني بالشفعة ومن هنا يمكن اندفاع الاشكال المذكور تأمل
واما اخذ البايع بالشفعة فكان نقضا للبيع الاول لانه قرر في ملكه في المبيع واقدام
البايع على ما يقرر ملكه في مدة الخيار نقض البيع فاذا كان نقضا للبيع سقط خياره
ايضا ثم ما ذكره من قوله ويكون اجازة من المشتري في خيار الشرط للمشتري بخلاف
خيار الرؤية له فانه اذا اشترى دارا ولم يرها لم يبطل خيار الرؤية له باخذ ما
بيع بجنب تلك الدار بالشفعة لان خيار الرؤية لا تبطل بصريح الابطال فكيف
بدلالته ولشفيع الدار الاولى وهي التي اشتراها المشتري بشرط الخيار اخذها اي الدار
الاولى منه اي من المشتري بحق الشفعة لا اخذ الدار الثانية وهي التي اخذها المشتري
بطريق الشفعة لانعدام ملك شفيع الاولى في الاولى حين بيعت الثانية فلا يملكها
بالشفعة وان بيعت دار بجنب ما بيعت فاسدا فشفيعها اي شفيع الدار المبيعة
بيعا صحيحا بجنب ما بيعت فاسدا البايع الاول اي البايع فاسدا ان بيعت

الدار المبيعة بيعا صحيحا قبل قبض المشتري الدار المبيعة بيعا فاسدا لان ملك البايع باق
فيها قبل قبض المشتري كما كان لان البيع الفاسد لا يفيد الملك للمشتري قبل القبض
ولا يخرجه عن ملك البايع فاذا قبض المشتري الدار المبيعة بيعا فاسدا بعد الحكم له
اي للبايع فاسدا بها اي بشفعة الدار المبيعة بجنب هذه الدار لا تبطل شفعته
لان بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط لتقرر
الشفعة بالحكم بها بخلاف ما اذا قبضها المشتري قبل الحكم للبايع بالشفعة فانه بطلت
شفعة البايع لزوال ما كان يستحق الشفعة به قبل الحكم وان بيعت دار بعد قبض المشتري
الدار المبيعة فاسدا فالشفعة للمشتري لانه ملك تلك الدار فان قيل في ذلك تقرير
للفساد فانه اخذ الدار المبيعة صحيحا بالشفعة بالدار المشتراة فاسدا وهذا تقرير
لهذا الفساد اجيب بان المشتري بعد اخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض
المشتراة شراء فاسدا مع عدم الفساد في الدار التي اخذها بالشفعة بخلاف المشتراة
شراء فاسدا لان اخذها بالشفعة يفضي الى تقرير الفساد على ما تقدم فان استرد
البايع منه اي من المشتري الدار المبيعة بيعا فاسدا قبل الحكم له اي للمشتري شراء
فاسدا بالشفعة اي بشفعة الدار المبيعة بيعا صحيحا بجنب تلك الدار بطلت
شفعته اي شفعة المشتري لانقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم بها وهل
تثبت الشفعة للبايع بعد الاسترداد من المشتري ففي العناية انها لا تثبت للبايع
لانه لم يكن في وقت بيع المشفوع جارا وان استردها بعد الحكم للمشتري بالشفعة
بقيت الدار الثانية التي اخذها بالشفعة على ملكه لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع
بها بعد الحكم له بالشفعة ليس بشرط كما تقدم والمسلم والذمي والباغي والعادل
والصغير والكبير في الشفعة سواء قال ابن ابي ليلى لا شفعة للكافر لان الشفعة رفق
شرعي فلا يستحقه من ينكر الشرع ولنا العمومات الواردة في حق الشفعة من غير
فصل بين مسلم وذمي ولانهم في سبب الشفعة وهي اتصال الملك وحكمتها وهي دفع
ضرر سوء الجوار سواء لنا والاستواء في السبب والحكمة يقتضي الاستواء في الاستحقاق ايضا

ايضا وكذا الحر والعبد الماذون والمكاتب والذكر والانثى لما ذكرناه من العمومات الواردة
والاستواء في السبب والحكمة والاستحقاق ولو وصلية في مبيع السيد كالعكس
قال في قاضيخان ولو باع الرجل دارا وعبده الماذون شفيعها فان كان على العبد دين
فله الشفعة وان لم يكن فلا شفعة له ولو باع العبد الماذون دارا ومولاه شفيعها
فان لم يكن على العبد دين لا شفعة للمولى وان كان عليه دين فلمولاه الشفعة ولو باع
المولى دارا ومكاتبه شفيعها كان له الشفعة ولو باع المكاتب ومولاه شفيعها
كان له الشفعة ايضا انتهى فظهر منه ان كلام المصنف لا بد ان يقيد بالعبد الماذون
المديون كما سياتي في الكتاب ايضا **فصل** لما ذكر ما تجب فيه الشفعة
وما لا تجب شرع في بيان ما يبطلها وتبطل الشفعة بتسليم الكل لان تسليم
الكل صريح في الاسقاط فتبطل به او البعض لان حق الشفعة لا يتجزى ثبوتا
لانه يملكه الشفيع كما ملكه المشتري والمشتري لا يملك البعض لانه تفريق
الصفقة فلا يتجزى اسقاطا ايضا فيكون ذكر بعضه كذكر كله لان ذكر بعض
ما لا يتجزى كذكر كله والمراد بالتسليم هو التسليم بعد البيع لان التسليم قبل وقوع
البيع لا يصح ويصح بعده سواء علم الشفيع بوجوب الشفعة او لم يعلم وعلم
من اسلم اليه الشفعة او لم يعلم لان تسليم الشفعة كما في الطلاق والعتاق
كذا في العناية ولو وصلية من الوكيل قال علاء الدين في شرح الوقاية الوكيل
بطلب الشفعة اذا سلم الشفعة او اقر على الموكل انه سلمها فعندنا يجح
يصحان في مجلس القاضي لا في غيره وقال ابو يوسف اولا لا يصحان كيفما كانا ثم
يرجع وقال يصحان اين كانا وقال محمد لا يصح تسليمه بحال ويصح اقراره في مجلس
القاضي لا في غيره وهكذا ذكره في الدرر وقال الوكيل بطلب الشفعة اذا سلم او
اقر على الموكل بتسليم الشفعة صح لو كانا عند القاضي وان كان عند غيره لا يجوز الا
انه يخرج من الخصومة وقال ابو يوسف يجوز مطلقا وقال زفر لا يجوز مطلقا
انتهى وقال في قاضيخان الوكيل بطلب الشفعة اذا سلم الشفعة للمشتري جاز

عند ابي ح وابي يوسف انتهى ولم يقيد بمجلس القاضي فعلى هذا يكون المراد بالوكيل
في كلام المص هو الوكيل بطلب الشفعة فمعنى كلامه وتبطل الشفعة بتسليمها
ولو كان التسليم صادرا من الوكيل وكذا تبطل بتسليمها الى الوكيل بالشراء كما في شرح
النقاية وقال في قاضيخان ولو ان الشفيع قال للمشتري وقد اشترى الدار لغيره بالوكالة
سلمت شفعتها او سلمت الشفعة لك كان تسليما للشفعة لو قال الشفيع للبايع
والدار في يد البايع سلمت شفعتها لك كان تسليما للشفعة ولو قال للبايع بعدما سلم الدار
الى المشتري سلمت الشفعة لك صح استحسانا ولو قال سلمت الشفعة بسببك او لاجلك
صح تسليمه قياسا واستحسانا ولو قال للوكيل بالشراء بعدما دفع الدار الى الموكل سلمت
لك الشفعة صح استحسانا ولو اشترى دارا بالوكالة لغيره فقال اجنبي للشفيع سلم
شفعة هذه الدار للموكل فقال الشفيع سلمتها لك او اعرضت عنها لك صح تسليمه
استحسانا ولو قال الشفيع لاجنبي ابتداء سلمت شفعة هذه الدار لك او قال اعرضت
عنها لك لا يصح تسليمه ولا تبطل شفعته قياسا واستحسانا ولو قال الشفيع لاجنبي
سلمت الشفعة للموكل او قال وهبتها للموكل او قال اعرضت عنها للموكل لاجلك و شفاعتك
صح تسليمه للامر وتبطل شفعته وان قال لاجنبي سلمت لك شرى هذه الدار لم يكن ذلك
تسليما ولا تبطل شفعته وبترك طلب المواثبة او التقرير وقد تقدم معنى طلب
المواثبة وطلب التقرير وترك طلب المواثبة يكون بتأخيره عن مجلس علمه وترك
طلب التقرير يكون بتاخير الاشهاد عن مدة التمكن منه فلو اخر طلب المواثبة عن
المجلس والاشهاد عند البايع او المشتري او العقار عن مدة التمكن منه بطلت شفعته
ولو كان التاخير بالحمد والتسبيح والتكبير وفي رواية عن محمد انه لو حمد او حوقل او سبح
او اجاب سلاما او شمت عاطسا لا تبطل شفعته كما اذا تم الاربع قبل الظهر وبعد
الجمعة وكذا لو تم اربعا بعد الظهر لا تبطل شفعته ولو جعلها ستا بطلت شفعته
وذكر الناطفي انه اذا علم بالبيع وهو في التطوع فجعلها اربعا وستا لا تبطل شفعته
والصحيح انه اذا جعلها ستا تبطل على ما في قاضيخان وفيه ايضا ولو افتتح التطوع بعد طلب

طلب المواثبة قبل طلب الاشهاد تبطل شفعته وبالصلح اي تبطل الشفعة بالصلح عن الشفعة
على عوض مالي من الدراهم او الدينار سواء صالح مع المشتري ومع الاجنبي على ما في قاضيخان
لانه تسليم للشفعة وعليه اي على الشفيع رده اي رد العوض لان الصلح باطل ايضا لانه
ليس للشفيع الا مجرد حق التملك بلا ملك فلا يصح الاعتياض عنه بمال لانه رشوة فيرده
قال في قاضيخان رجل اشترى دارا بمائة دينار فقال للشفيع اشتريت هذه الدار بمائة دينار
فسلم لي نصفها وادفع نصفها اليك فقال الشفيع نعم ان قال فعلت ذلك يكون
تسليما للشفعة قال وذكر هذه المسالة في كتاب الشفعة وجعلها على ثلاثة اوجه اما
ان سلم الشفعة بالدراهم او بيت منها بعينها او ببعضها بغير عينها ان قال سلمت
نصف الشفعة لك بمائة درهم بطلت شفعته في الكل وفي رواية لا تبطل وذكر في الجامع
ما يدل على ان تسليم الشفعة في البعض لا يبطل شفعته في الكل فان صالح الشفيع من الشفعة
على دراهم بطلت شفعته ولا يجب المال وان صالح على بعض معين من الدار صح الصلح ويكون
للشفيع نصف الدار ويبقى النصف للمشتري ولذا قيدنا العوض بالدرهم والدينار
ثم قال في قاضيخان ايضا ولو صالح الشفيع الاجنبي من شفعته على دراهم معلومة كان
تسليما لها ولا يجب المال لانه لو صالح المشتري من شفعته على مال بطلت شفعته ولا يجب
المال وكذا اي تبطل الشفعة لو باع شفعته بمال لما ذكرناه في الصلح على عوض وكذا لو قال الزوج
للمخيرة اختاريني بالف او قال العنين لامرأته ذلك اي اختاريني بالف فاختارته اي اختارت
المرأة في الصورتين زوجها بطل خيارها ولا تجب العوض على الزوج اعني الالف لان اختيار
المرأة ليس بمال بل مجرد حق اختيار الزوج بلا مال فلا يصح الاعتياض عنه بمال وتبطل الشفعة
ببيع ما يشفع به بيعا باتا حتى لو باعه بالخيار لم تبطل قبل الحكم له اي للشفيع بها اي
بالشفعة لان الاستحقاق بالشفعة بالجوار او بالشركة وقد زال ذلك قبل التملك وبموت
الشفيع لان ملكه زال بالموت وانتقل الى الوارث وبعد ثبوته للوارث لم يوجد البيع
لان البيع قد وجد قبل الانتقال الى الوارث فلا يثبت الشفعة للوارث لا بموت المشتري لان
المستحق باق وبموت المستحق عليه لا يتغير سبب الاستحقاق ولا شفعة لمن باع اصيلا

كان اووكيلا على ما فى الزيلعى وهذا لان اخذ البايع اصيلا اووكيلا المبيع بالشفعة يكون سعيا
فى نقض ما تم من جهته وهو الملك واليد للمشترى لانه الاخذ بالشفعة تملك المبيع وهو ينافى
تمليكه للمشترى وسعى الانسان فى نقض ما تم من جهته مردود ومنه ظهر فساد ما فى شرح
النقاية من تخصيص تفسير البايع ههنا بالوكيل اوبيع له يعنى رجل وكل رجلا بالبيع فباع
الوكيل للموكل داره فلا شفعة للموكل لما ذكرناه من ان اخذه بالشفعة سعى فى نقض ما تم
من جهته اذ لولا توكيله لما جاز بيعه فكان تمام بيع الوكيل من جهته فسعيه لابطاله مردود
صورته على ما فى العناية رب المال اذا باع المضارب دارا من مال المضاربة ورب المال شفيعها
فلا شفعة له صورة اخرى له الوكيل بالبيع باع دارا لموكله وهذه متصلة بدار اى لموكله
فليس للموكل شفعة اوضمن الدرك اى ضمن الشفيع للمشترى عن البايع الدرك اى تبعة
الاستحقاق فلا شفعة للشفيع لان اخذه بالشفعة سعى فى نقض ما تم من جهته لان تمام البيع
والملك للمشترى انما كان من جهته فانه لو لم يضمن الدرك لم يرض المشترى اوساوم الشفيع
المشترى بيعا اواجارة لان مساومته المشترى بيعا اواجارة دليل الرضاء بثبوت الملك
للمشترى لانه المشترى لا يقدر بيعه منه ولا ايجاره منه الا بعد ثبوت الملك له وذلك لا يكون
الا باسقاط الشفيع حقه وكذلك اذا طلبها منه تولية او اخذها مزارعة او معاملة وكل
ذلك بعد العلم بالشراء على ما فى الاختيار وتجب الشفعة لمن ابتاع اى المشترى اصالة
اووكالة اوابتيع له اى لمن وكل اخر بالشراء فاشترى الوكيل لاجل الموكل والموكل شفيع كان
له الشفعة صورته دار بين ثلاثة وللدار جار ملاصق فاذا بيع هذه الدار واشتراها
احد الشركاء تثبت الشفعة للمشترى سواء اشترى اصالة اووكالة وكذا تثبت للموكل
اذا كان اشتراها الوكيل لاجله وتثبت ايضا الشفعة للشريك الاخر وفائدته انها لا تثبت
للجار الملاصق لان الشريك مقدم عليه والاصل ههنا ان الشفعة انما تبطل باظهار الشفيع
الرغبة عن الدار لا باظهار الرغبة فيها والشراء اصالة اووكالة اظهار الرغبة فى المشترى
فلا يكون ابطالا للشفعة بخلاف البيع اصالة اووكالة فانه اظهار الرغبة عنه فيكون ابطالا
للشفعة لا يستحق بها الشفعة ولو قيل للشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم الشفعة ثم

بان اى ظهر انها بيعت باقل او بكيلى او وزنى او عددى متقارب قيمته اى قيمة الكيلى او الوزنى
او العددى الف او اكثر فله الشفعة اما فى ظهوره اقل فلان تسليمه عند كثرة الثمن لا يكون
دليلا على تسليمه عند قلة الثمن لان تسليمه لتعذر الثمن الكثير عليه فيجوز غبنه بالثمن
القليل واما فى البواقى فلان تسليمه فى احد الجنسين لا يستلزم تسليمه فى الجنس الاخر
لانه ربما يسهل عليه الجنس الاخر ولو بان انها بيعت بعرض قيمته الف او بدنانير قيمتها
الف فلا شفعة يعنى قيل له بيعت بالف فسلم ثم بان انها بيعت بعرض ليس من ذوات
الامثال بل من القيميات وقيمتها الف او اكثر صح تسليمه ولا شفعة له لان الواجب فيه القيمة
وهى انما دراهم او دنانير فان كانت كما سمع وسلم وهو الالف فلا يظهر التفاوت فلا فائدة
فى الاخذ بالشفعة وان كانت اكثر فلانه انما سلم الشفعة لاستكثار الثمن فاذا كان اكثر
من ذلك كان ارضى بالتسليم بخلاف ما اذا كانت اقل فان له الاخذ بالشفعة لما ذكرناه
وكذا اذا بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف او اكثر فلا شفعة له بخلاف ما اذا كانت قيمتها
اقل لما ذكرناه ولو قيل له اى للشفيع المشترى فلان فسلم الشفعة فبان انه غيره فله
الشفعة لتفاوت الناس فى الاخلاق فمنهم من يرغب فى معاشرته ومنهم من يجتنب
مخافة شره فالتسليم فى حق بعضهم لا يكون تسليما فى حق غيره ولو بان انه اى المشترى
هو اى الفلان الذى سمعه مع غيره فله الشفعة فى حصة الغير لان التسليم لم يوجد
فى حصة الغير ولو بلغه اى الشفيع بيع النصف فسلم فظهر بيع الكل فله الشفعة فى
الكل لانه سلم النصف وكان حقه فى اخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاطه
اسقاطا الكل بخلاف ما اذا بلغه بيع الكل فسلم فظهر بيع البعض لا شفعة له فى ظاهر
الرواية لان التسليم فى الكل تسليم فى ابعاضه كلها وفى رواية ان له الشفعة لانه قد لا يتمكن
من تحصيل ثمن الجميع وقد يكون حاجته الى النصف دون الكل وان باعها اى الدار الا ذراعا
من طول جانب الشفيع فلا شفعة له لان الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الاتصال بالمبيع
وكذا لو وهب هذا القدر للمشترى لعدم الالتزاق والاتصال ايضا وهذا حيلة فى اسقاط
الشفعة وان شرى منها اى من الدار سهما بثمن ثم اشترى باقيها فالشفعة فى السهم

الاول فقط لان الشفيع جار في السهمين فالمشتري شريك في السهم الثاني وهو مقدم
على الجار ولو اراد الحيلة اشترى السهم الاول بجميع ثمن الدار الا درهما منه ثم اشترى
الباقي بالدرهم فلا يرغب الجار في السهم الاول خصوصا اذا كان السهم الاول جزءا قليلا
كالعشر مثلا واقل وان ابتاعها اي اشترى الدار بثمن ثم دفع الى البايع عنه اي عن الثمن
ثوبا اخذها اي الدار الشفيع بالثمن لا بقيمة الثوب لان الثوب عوض عما في ذمة المشتري
فيكون البايع مشتريا للثوب بعقد آخر غير العقد الاول وهذه حيلة في اسقاط الشفعة
نعم الجار والشريك بان باع الدار باضعاف قيمته ثم دفع المشتري اليه ثوبا قيمته قدر
قيمة الدار فلا يرغب الشفيع باضعاف قيمته ولا تكره الحيلة في اسقاطها اي الشفعة
عند ابي يوسف وبه يفتى قبل وجوبها اي الشفعة وعند محمد تكره لان الشفعة وجبت
لدفع الضرر وهو واجب والحاق الضرر به حرام فكانت مكروهة ولابي يوسف انه يحتال
لدفع الضرر عن نفسه وهو مشروع وان كان يتضرر غيره في ضمنه قيل هذا الاختلاف بينهما
قبل الوجوب واما بعده فمكروه بالاجماع كما في الزكاة فان الحيلة في اسقاطها لا تكره قبل الوجوب
عند ابي يوسف وتكره بعد الوجوب بالاتفاق وقيل لا يكره الحيلة بمنع وجوب الشفعة
مطلقا وانما الخلاف في فصل الزكاة واعلم ان لاسقاط الشفعة حيلا كثيرة منها ما ذكرناه
من قبل ومنها انه شرى بدراهم معلومة مع قبضة فلوس اشير اليها وجهل قدرها وضيع
الفلوس بعد القبض فانه تبطل الشفعة فان تلك الفلوس الثمن معلوم حالة العقد
ومجهول حالة الشفعة وجهالة الثمن يمنع الشفعة الى غير ذلك من الحيل التي ذكرها
في قاضيخان وغيره وهل للشفيع ان يحلف المشتري بانه ما فعل هذه الحيلة فرارا عن
الشفعة فيه اختلاف ففي قاضيخان انه لا يحلفه وفي الولوالجية والتجنيس انه يحلفه
فان نكل له الشفعة وللشفيع اخذ حصة بعض المشترين لا حصة بعض البايعين
يعني اذا تعدد المشتري بان اشترى جماعة عقارا والبايع واحد يتعدد الاخذ بالشفعة
بتعددهم حتى كان للشفيع ان ياخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي وان تعدد البايع
بان باع جماعة عقارا مشتركا بينهم والمشتري واحد لا يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم

مطلب هل تكره الحيلة في اسقاط الشفعة والزكاة

بتعددهم حتى لا يكون للشفيع ان ياخذ نصيب بعضهم دون بعض والفرق ان الشفيع
في الثاني لو اخذ نصيب بعضهم يتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر
بالاخذ منه وبعيب الشركة وهي شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع فلا
يشرع على وجه يتضرر به المشتري ضررا زائدا سوى الاخذ وفي الوجه الاول يقوم الشفيع
مقام احدهم فلا يتفرق الصفقة على احد ولا فرق في هذا بين ان يكون قبل القبض
او بعده في الصحيح الا ان الشفيع لا يمكن له ان ياخذ نصيب احدهم اذا نقد من الثمن حصته
حتى نقد الجميع كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البايع بمنزلة المشترين انفسهم لانه
كواحد منهم وروى الحسن عن ابي ح انه فصل فقال ان اخذ قبل القبض نصيب احدهم
ليس له ذلك وبعده كان له ذلك لانه قبل القبض يتضرر البايع باخذ البعض منه بتفريق
اليد عليه وبعده لا يتضرر لانه لم يبق له يد وجوابه ان له ان يحبس المبيع الى ان يستوفي
جميع الثمن فلا يؤدي الى تفريق اليد كذا في الزيلعي وللجار اخذ بعض مشاع بيع فقسم
وان وصلبته في غير جانبه اي لو اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسم المشتري البايع
اخذ نصيب المشتري الذي حصل له بقسمته او تركه وليس له ان ينقض القسمة سواء كان
القسمة بحكم القاضي او بالتراضي لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع الا
ترى ان الهبة تتم بها حتى صحت بالقسمة والتسليم بعد ان وقعت فاسدة للشيوع
باعتبار ان قبضه ناقص فيما يحتمل القسمة فاذا كانت من تمام القبض فالشفيع لا ينقض
القبض ليجعل العهدة على البايع فكذا ما يتم بالقبض فاذا لم ينقض القسمة فله اخذ نصيب
المشتري او يتركه لا اخذ الكل فان قيل القسمة فيها معنى المبادلة والشفيع يملك نقض
تصرفات المشتري فكذا نقض قسمته اجيب بان القسمة افراز من وجه ولهذا يجري فيها
الجبر ومبادلة من وجه ولهذا يجري فيها احكام البيع من رد بعيب او خيار رؤية
فباعتبار انها مبادلة يملك وباعتبار انها افراز لا يملك فلا يملك بالشك بخلاف ما
اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع نصيبه
فان للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع

بل هو تصرف بحكم الملك فكان مبادلة وللشفيع ان ينقض المبادلة كالبيع وغيره
من التصرف كالهبة ثم اختلفت الرواية في ان الشفيع هل ياخذ نصيب المشتري
من اي جانب كان او من جانب يشفع بها فعن ابي يوسف انه ياخذ من اي جانب
كان ويدل عليه اطلاق الجامع الصغير واخذه المصر حيث قال وان في غير جانبهم
وعن ابي ح انه ياخذ اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما
يقع في الجانب الاخر والاكثر على الاول والعبد الماذون المديون الشفعة في مبيع
سيده وبالعكس اي للسيد الشفعة في مبيع عبده الماذون المديون وهذا
لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء احدهما من صاحبه جائز اذا كان على العبد
دين محيط لانه يفيد ملك اليد للعبد لكون المولى لا يملك ما في يد عبده المديون
او لكون العبد احق به وقد تقدم من قبل ايضا وصح تسليم الاب والوصي
شفعة الصغير واما تسليم الوكيل شفعة الكبير فقد تقدم ذكره في اول الفصل
ثم هذا عند ابي ح وابي يوسف خلافا لمحمد وزفر معه فيما بيع بقيمته او اقل قال لا يصح
تسليمها وللصغير طلب الشفعة اذا بلغ كما ان للموكل طلب الشفعة اذا بلغ خبر تسليم
وكيله الشفعة وله ان تسليمها الشفعة ابطال لحق الصغير كالعفو عن قوده
واعتاق عبده وابراء غريمه فلا يجوز لان تصرفهما في حقه نظري ولا نظر في هذا
بل النظر في بقاء الشفعة ولهما ان الاخذ بالشفعة في معنى التجارة بل عينها الا ترى
انه مبادلة المال بالمال وترك الاخذ بها ترك التجارة فيملكه كما يملك التجارة برد البيع
عند ما يقال للاب او الوصي بعتك هذا لابنك الصغير ولانه اذا اخذه بالشفعة
ثم باعه من ذلك الرجل بعينه جاز فكذلك اذا سلمها اليه بل اولى لانه اذا اخذه ثم
باعه منه كانت العهدة على الصبي وفي الاول على البايع او على المشتري ولانه هذا
تصرف يحتمل الضرر والنفع فيحمل على ان يكون الترك انفع بابقاء الثمن على ملك
الصغير فيملكه كالاخذ بخلاف العفو عن القود واخته فانه ضرر محض غير متردد
بين النفع والضرر فلا يملكه الوصي واذا بيع باكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس في مثله قيل

قيل جاز التسليم بالاجماع لان النظر في التسليم لا في الاخذ وقيل لا يجوز التسليم بالاجماع لانه لا يملك
الاخذ فلا يملك التسليم ايضا كالاجنبي وقوله اي قول محمد رواية عن الامام في الاقل الذي
لا يتغابن فيه

كتاب القسمة

هي جمع نصيب شايع في محل معين
وسببها طلب احد الشركاء الانتفاع بنصيبه على الخلوص وركنها ما يحصل به الافراز
والتمييز بين النصيبين كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والذرع في المذروعات
والعد في المعدودات وشرطها ان لا يفوت منفعته بالقسمة ولهذا لا تقسم الحائط
والحمام ونحوهما لفوات منفعتهما بالقسمة والافراز وتشتمل اي القسمة مطلقا
سواء كان في المثليات او في القيميات على الافراز وهو اخذ عين حقه والمبادلة وهو
اخذ عوض حقه وهذا لانما افرز لاحدهما كان بعضه له وبعضه لصاحبه فهو ياخذه عوضا
عما بقي من حقه في نصيب صاحبه والافراز اغلب في المثليات كالمكيلات والموزونات
والعدديات المتقاربة لعدم التفاوت فيها فكان كلما اخذ احدهما من نصيبه مثل ما ترك
على صاحبه بيقين فاخذ مثل الحق بيقين بمنزلة العارية فكان الافراز اي اخذ عين حقه
اظهر واغلب ثم في المثليات فيأخذ الشريك اي احد الشريكين حظه منها اي من المثليات
حال غيبة صاحبه لما ذكرناه من ان نصيب كل واحد منهما بمنزلة العارية عند الاجر في
المثليات ولو كانت مبادلة لم ياخذ احدهما نصيبه عند غيبة الآخر بل لا بد من رضاه
فعلم ان الافراز فيها اغلب ولو اشترياه اي المثلي فاقتسماه فلكل من الشريكين
ان يبيع حصته مرابحة بحصة ثمنه ولو كان مبادلة لما جاز ذلك والمبادلة اغلب
في غيرها اي في غير المثليات كالحيوان والعقار والنبات من القيميات لانها متفاوتة
فلا يمكن ان يجعل كانه اخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما بيقين حتى يجعل معنى
الافراز اغلب فيجعل كانه اخذ عوض حقه وهو معنى المبادلة فاذا كان معنى المبادلة فيها
اغلب فلا ياخذه اي لا ياخذ احد الشريكين حظه فيها حال غيبة صاحبه ولا يبيع حصته
مرابحة بعد الشراء والقسمة فان قيل لو كان معنى المبادلة اغلب في الحيوانات والعروض
لما جبر الابي على القسمة في ذلك مع انه يجبر اجاب عنه بقوله ويجبر القاضي

مناى عن القسمة عليها اى على القسمة فيه اى فى غير المثلى من القيميات وفى المثلى بطريق
الاولى بطلب الشريك فى متحد الجنس كالابل او البقر او الفرس لان فى قسمة متحد الجنس معنى
الافراز لتقارب المقاصد فيه ولا منافاة بين الجبر والمبادلة لانها مما يجرى فيه الجبر كما فى قضاء
الدين فان المديون يجبر على القضاء والديون تقضى بامثالها فصار ما يؤدى بدلا عما فى ذمته
وهذا جبر فى المبادلة قصدا وهو جائز فلان يجوز بلا قصد اليه اولى وهذا لان احد
الشريكين بطلب القسمة يسأل القاضى ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع
بملكه فيجب على القاضى اجابته فكان القصد الى الانتفاع بنصيبه على الخلوص دون الاجبار
على غيره لا فى غيره كالابل مع البقر او مع الفرس فان القاضى لا يجبر الآبى عن القسمة عليها
فى مختلف الجنس لان التفاوت فاحش والمقاصد مختلفة فليس فيها معنى الافراز ولو تراضوا
على القسمة جاز ذلك برضاهم هذا قال فى قسمة قاضيخان اذا كان المكيل او الموزون بين حاضر
وغائب او صغير وبالغ واخذ الحاضر او البالغ نصيبه فهلك الباقى ان هلك قبل ان يصل
ذلك اليهما لا يكون الهلاك على الصغير والغائب وهو كالصبرة اذا كانت مشتركة بين
الدهقان والمزارع فقال الدهقان للمزارع اقسمها وافرز نصيبى فقسم المزارع والدهقان غائب
فحمل نصيب الدهقان الى الدهقان فلما رجع اذا قد هلك ما افرز لنفسه كان الهلاك عليهما
وان قسم الصبرة وافرز نصيب الدهقان وحمل نصيب نفسه الى بيته اولا فلما رجع اذا قد هلك
ما افرزه للدهقان كان الهلاك على الدهقان خاصة كذا قال بعض المشايخ انتهى فعلم منه ان
قسمة احد الشريكين واخذ حظه فى المثليات حال غيبة صاحبه انما يصح وينفذ اذا وصل وسلم
نصيب الغائب اليه والا فلا كما فى القيميات حتى لو هلك قبل ان يصل نصيب الغائب اليه كان
الهلاك عليهما لا على الغائب وبه صرح فى العمادية حيث قال اذا اخذ الحاضر نصيبه من
المكيل والموزون حال غيبة صاحبه فانما ينفذ قسمته من غير شريك ان سلم نصيب الغائب اليه
حتى لو هلك ما بقى قبل ان يصل الى الغائب كان الهلاك عليهما وندب للقاضى نصب قاسم
رزقه من بيت المال لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث تتم به قطع المنازعة فاشبه
رزق القاضى ولان منفعته تعود الى العامة كمنفعة القضاة والمفتين والمقاتلة فيكون

فيكون كفايته من بيت المال لانه اعد لمصالحهم كنفقة هؤلاء ليقسم بلا اجر لما ذكرناه
فان لم يفعل القاضى ذلك اى لم يجعل رزقه من بيت المال نصب القاضى قاسما يقسم باجر
على المقاسمين لان النفع لهم على الخصوص فيأخذ منهم قال فى مشتمل الاحكام اختلف
المتاخرون فى قدر الاجر قال ابن سماعة هو ربع العشر كالزكوة لانه عمل للعامة فاشبه
الزكاة وسئل ابو نصر انه هل يقدر فاجاب يقدر بربع العشر قال ابو يوسف فى الامالى
هو ربع العشر واتفق المتاخرون عليه وعليه الفتوى كذا فى فتاوى الانقروى وقال فيها
ايضا قال بعضهم الاجرة غير مقدرة وقال بعضهم مقدرة فى كل مائة خمسة دراهم
قال ابو جعفر الكبير تقدير الاجرة احسن فى زماننا وبه نأخذ لان فى ربع العشر نظرا
للطرفين فان قيل القسمة قضاء والقضاء لا يجوز اخذ الاجرة عليه قلنا لا نسلم ان
القسمة قضاء حقيقة كيف وانها لا يفترض على القاضى والقضاء فرض عليه وانما الفرض
على القاضى جبر الآبى عن القسمة عليها الا انها تشبه القضاء من حيث انها تستفاد
بولاية القضاء فان الاجنبى لا يقدر على الجبر فمن حيث انها ليست بقضاء جاز اخذ
الاجرة عليها ومن حيث انها تشبه القضاء يستحب ان لا يأخذ بل يأخذ كفايته من بيت المال
ولهذا اذا قسم القاضى بنفسه جاز له اخذ الاجرة على القسمة لعدم كونها قضاء كما جاز
له اخذ الاجرة على كتب الحجج والصكوك والسجلات يقدره اى الاجر له اى للقاسم القاضى
كيلا يأخذ الزيادة من اجر مثله وهو اى الاجر على عدد الرؤس فلا يتفاوت بتفاوت
الانصباء هذا عند ابى ح وعندهما على قدر السهام فيتفاوت بتفاوت الانصباء نصفا
وربعا وسدسا وثمنا الى غير ذلك فعلى صاحب النصف النصف والربع الربع والسدس السدس
لان الاجرة مؤنة الملك فيجب على مقدار الملك لان المؤنة تبع له وصار كاجرة الكيال والوزان
وحفر البئر المشتركة ونفقة العبد المشترك ولابى ح ان الاجر وجب فى مقابلة تمييز الحقوق
بعضها عن بعض وهذا عمل لا يتفاوت فيه الانصباء فان تمييز الاقل منهما من الاكثر
مثل تمييز الاكثر من الاقل فيكون على عدد الرؤس لا على قدر الانصباء واجرة الكيال والوزان
ان لم يكن الكيل والوزن للقسمة فى مقابلة العمل لا فى مقابلة القسمة فلا يكون مقيسا عليه

مطلب فى مقدار اجرة القاسم

مطلب يجوز للقاضى اخذ الاجرة على كتب الحجج

وان كان للقسمة ففي هذا الخلاف واجرة حفر البئر لنقل التراب ونفقة العبد المشترك لبقاء الملك
فلا يكون مقيسا عليه واجرة الكيل والوزن على قدر السهام اجماعا ان لم يكن للقسمة بان
اشتريا مكيلا او موزونا وامرا رجلا بكيله ليصير الكل معلوم القدر فاجرة الكيل بقدر
الانصباء لان الكيل والوزن اذا لم يكن للقسمة يكون الاجرة بقدر العمل لا للقسمة وعمل الحساب
الكثير اكثر فكان اصعب فيستحق زيادة الاجر بخلاف القسمة فان الاجرة فيها المحض القسمة وتمييز
الحقوق كما عرفت فالقليل والكثير فيه سواء وان لهما اى ان كان الكيل والوزن للقسمة فعلى
الخلاف المذكور فى اجرة القسام كما ذكر ويجب كونه اى القسام عدلا امينا عالما بالقسمة
حذرا عن الجور والخيانة ولا يجبر القاضى الناس على قاسم واحد لانه لو عين قاسما واحدا
لتحكم بالزيادة على اجر مثله ولان القسمة نسبة القضا فيجوز بالتراضى كالتحكيم فى القضاء
الا اذا كان فيهم صغير فانه ح لا يجوز بالتراضى لان تصرف الصغير لا ينفذ ولا ولاية لهم عليه
فلا بد من القاسم من طرف القاضى فينصب له وصيا فيقسم ولا يترك القاضى القسام
بضم القاف وتشديد السين جمع قاسم ليشتركوا اى يمنعهم القاضى من ان يشتركوا مع
الناس كيلا يتضرر الناس لان الاجرة تصير بذلك غالية لانهم اذا اشتركوا يتوا كلوا
وعند عدم الشركة يتبادرون اليها خشية الفوت فيرخص الاجر بسبب ذلك وصح
الاقتسام اى اقتسام التركة بانفسهم اى بتراضيهم لان فى القسمة معنى المبادلة لما تقدم
وانها تشبه القضاء فيجوز بالتراضى كسائر المعاوضات والتحكيم بلا امر القاضى لان الحاجة
الى امر القاضى لدفع المنازعة ولا منازعة ثمة لتراضيهم ويقسم على الصبى وليه اى الاب والجد
اب الاب لكن ولاية الجد على الصغير عند عدم الاب او وصيه لا عند وجود احدهما ولا ولاية
للام والاخ والاخت والعم على الصغير كذا فى قاضيخان او وصيه يعنى يقتسم الشركاء
بانفسهم بلا امر القاضى ان لم يكن بينهم صغير وان كان فيهم صغير يقسم على الصغير
وليه او وصيه بلا حاجة الى امر القاضى ايضا فان لم يكن للصغير ولى ولا وصى فلا بد من
امر القاضى لان تصرف الصغير غير نافذ ولا ولاية لهم عليه فلا بد من الولى او الوصى او رأى
القاضى وقسمتهم بدون واحد من الولى والوصى وامر القاضى قال فى قاضيخان اذا اقتسم الورثة

مطلب صح الاقتسام بتراضيهم بلا امر القاضى ان لم يكن فى الورثة صغير او غائب

الورثة التركة فيما بينهم بغير امر القاضى وفى الورثة صغير او غائب او شريك للميت لا يصح
القسمة الا باجازة الغائب او ولى الصغير او باجازة الصبى بعد البلوغ او باجازة القاضى
قبل البلوغ فان مات الغائب او الصبى قبل الاجازة فاجازت ورثته نفذت القسمة فى
قول ابح وابى يوسف ولا ينفذ فى قول محمد كذا ذكره عصام وذكر الخصاف اذا كان فى الورثة
صغير او غائب ولم يكن فى يد الغائب ولا فى يد ام الصغير شئ من التركة بل كان الكل
فى يد الحضور الكبار فطلبوا القسمة من القاضى فان القاضى يجعل للصغير
وصيا يقوم بالقسمة ويقبض حقه ويجعل للغائب وكيلا او يامرهم بالقسمة
وان كان فى يد الغائب شئ من التركة لا يقسم حتى يحضر الغائب او يقوم البينة
على ان ذلك ميراث بينهم وعلى عدد الورثة فح يقسم وذكر فى الجامع انه
لا يقسم وان قامت البينة على ذلك ما لم يحضر الغائب ولو كان شئ من
التركة فى يد ام الصغير فالجواب فيه كالجواب فيما اذا كان شئ من التركة
فى يد الغائب وثمه لا يقسم انتهى واعلم ان وصى الاب والوصى المنصوب من جهة
القاضى يملك قسمة كل شئ على الصغير اذا لم يكن فيها غبن فاحش سواء
كان من تركة الاب او لا عقارا او منقولا واما وصى الام فليس له ولاية القسمة
على الصغير فى غير ما تركته الام وكذا يجوز قسمة وصى الاب على الكبير الغائب
فيما سوى العقار لانه قائم مقام الاب فيما يرجع الى الحفظ على الكبير كذا
فى قاضيخان ولا يقسم عقار بين الورثة باقرارهم يعنى اذا حضر الشركاء عند
القاضى وفى ايديهم عقار وادعوا انهم ورثوها عن فلان لم يقسمها القاضى
بينهم باقرارهم ما لم يبرهنوا على الموت وعدد الورثة عند ابح وعندهما
يقسم باقرارهم لكن القاضى يذكر فى كتاب القسمة انه قسمه باقرارهم لئلا
يكون حكمه متعديا الى غيرهم لان الاقرار حجة قاصرة وغير العقار يقسم اجماعا
وكذا العقار المشترى والمذكور مطلق كله اى ادعوا الملك المطلق ولم يذكروا
كيفية انتقاله اليهم من الارث او الشراء او غيرها توضيح هذه المسئلة ان الشركاء

اذا حضروا عند القاضي وفي ايديهم مال وطلبوا قسمته فاما ان يكون عقارا او غيره فان
كان عقارا فاما ان ادعوا انهم ورثوه او اشتروه او ادعوه وسكتوا عن كيفية
الانتقال اليهم وهو المراد بقوله والمذكور مطلق كله فان كان الاول لم يقسمه القاضي
حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته عند ابي ح وقالا يقسمه باقرارهم وان كان
الثاني يقسمه بينهم بالاتفاق وان كان الثالث قسمه بينهم على ما نذكره وان
كان غير عقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم جميعا لهما ان الامتناع عن
القسمة اما ان يكون شبهة في الملك او تهمة في دعواه او لمنازعة للمدعي في دعواه
ولا شيء من ذلك بمتحقق ههنا لان اليد دليل الملك والاقرار من امارة الصدق
والغرض عدم المنازع فيقسمه بينهم لوجود المقتضي وارتفاع المانع كما في المنقول
الموروث والعقار المشتري وطلب البينة وليس بلازم لانها لا يكون الا على منكر
ولا منكر ههنا فلا تفيد الا ان القاضي يذكر في صك القسمة انه قسمه باعترافهم
لئلا يكون حكمه متعديا الى غيرهم ولابي ح ان القسمة قضاء على ملكه حتى لو حدثت
الزيادة ينفذ وصاياه فيها ويقضي ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة فان الزيادة
للموصى له ولهذا قالوا اذا اوصى بجارية لانسان فولدت قبل القسمة ينفذ وصيته فيهما
بقدر الثلث كانه اوصى بهما فاذا كانت القسمة قضاء على الميت فلا بد له من حجة
وهي اما باقرار الورثة او ببينتهم واقرارهم ليس بحجة على الميت فلا بد من البينة
وقولهما فلا تفيد قلنا ممنوع لان بعض الورثة ينتصب خصما بان يجعل احد الحاضرين
مدعيا والاخر مدعى عليه فتفيد فان قيل كل واحد منهما مقر بدعوى صاحبه والمقر
لا يصلح خصما للمدعي عليه قلنا لا منافاة بين كونه مقرا وكونه خصما لجواز اجتماع
الاقرار مع كونه خصما كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه انما يقضى عليهما بالبينة
بديون الميت وان كانا مقرين بها وانما يقسم المنقول الموروث باقرارهم لان في قسمته
نظرا للحاجة الى الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه ولان المنقول مضمون على من وقع في
يده ولا كذلك العقار عند ابي ح وعلى التقدير لا يصلح مقيسا عليه وكذا العقار المشتري

المشتري لا يصلح مقيسا عليه لان المبيع لا يبقى على ملك البايع وان لم يقسم فلم تكن القسمة
قضاء على الغير وان ادعوا الملك وسكتوا عن كيفية الانتقال اليهم قسمه بينهم من
غير اقامة البينة لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا بالملك لغيرهم
كذا قالوا وقال صاحب الهداية هذه رواية كتاب القسمة وفي رواية الجامع الصغير
لم يقسم بدون اقامة البينة حيث قال فيه ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها
في ايديهما واراد القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال انه يكون لغيرهما
ثم قيل هذا قول ابي ح خاصة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان القسمة نوعان
قسمة لحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة لحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والثاني
في العقار غير محتاج اليه فتعين قسمة الملك وقسمة يفتقر الى قيام الملك ولا ملك
بدون البينة فامتنع الجواز وان برهنا اي حضر رجلان عند القاضي وادعوا العقار
وبرهنا على ان العقار في ايديهما وطلبا القسمة لا يقسم القاضي حتى يبرهنا انه
اي العقار لهما لاحتمال ان يكون هو لغيرهما ولا يخفى ان هذه المسئلة وقع تكرارا
لان المراد بقوله السابق والمذكور مطلق ملكه ان يدعوا الملك فيما في ايديهم من
العقار ولم يذكروا كيفية انتقاله اليهم على ما بيناه وهو المراد بما ذكره ههنا ايضا
ولم يشترط فيما سبق اقامة البينة على انه ملكهم وقد شرط ههنا فلا بد من
الحمل على الروايتين ففي رواية القدوري وهو المشهور انها لم يشترط كما ذكره
اولا وفي رواية الجامع الصغير انها تشترط كما ذكره ثانيا وهو الاصح على ما ذكرناه
لكن عبارته ابعد عن هذا ولو برهنوا على الموت اي موت المورث والمراد بالجمع ما فوق
الواحد وعدد الورثة والعقار في ايديهم ومعهم وارث غائب او صبي قسم
اي قسمه القاضي بطلبهم ونصب اي نصب القاضي وكيل الغائب ووصي للصبي لقبض
حصة الغائب والصبي لان في ذلك نظرا للغائب والصبي ولا بد من اقامة البينة في هذه
الصورة ايضا عند ابي ح بل اولى لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير بقولهما
وعندهما يقسم بينهم باقرارهم بلا حاجة الى اقامة البينة ويعزل نصيب الغائب والصغير

ويشهد انه قسمها باقرارهم هذا اذا لم يكن للصبي وصي الاب والا فلا حاجة الى وصي
القاضي ولو كان العقار في يد الغائب او شيء منه اي من العقار او في يد مودعه او في يد
الصغير لا يقسم حتى يحضر الغائب او يقوم البينة على ان ذلك ميراث لهم وفي رواية
الجامع لا يقسم حتى يحضر الغائب وان قامت البينة على ذلك كذا في قاضيخان وقد ذكرناه
من قبل وكذا اي لا يقسم القاضي لو حضر وارث واحد وادعى القسمة وباقي الورثة
غائب لان الواحد لا يصلح ان يكون مخاصما ومخاصما عليه ومقاسما ومقاسما فلا بد
من حضور شخصين لانه ان كان خصما عن نفسه فليس احد يخاصمه عن نفسه
فيقيم البينة عليه فتعذر الحكم بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين كما في المسئلة الاولى
وعن ابي يوسف ان القاضي ينصب عن الغائب خصما ويسمع البينة ويقسم الدار وجه
الظاهر ان التركة قبل القسمة وان كانت مبقاة على حكم ملك الميت لكنها صارت
ملكا للورثة من وجه حتى لو اعتق واحد منهم عبدا من التركة قبل القسمة نفذ عتقه
في نصيبه فكان كل واحد منهم طالبا للارتفاق في نصيبه فتكون القسمة على هذا
التقدير قضاء على الغائب من غير خصم حاضر عنه فلا يجوز ولئن جاز للقاضي نصب
الوصي من حيث انه دعوى على الميت لا يجوز له نصب الوصي من حيث انه دعوى على شركائه
الغيب فلا يجوز له نصب الوصي بالشك بخلاف ما اذا ادعى اجنبي على الميت دينا حيث
يجوز له نصب الوصي عن الميت لانه دعوى على الميت من كل وجه وللقاضي ان ينصب الوصي
عن الميت لا عن الحي فاذا تعذر نصب الوصي فالواحد الحاضر لا يصلح خصما عن الميت وعن
سائر الشركاء وان يكون مدعا ومدعا عليه فتعذر قبول البينة لانها لا تقبل من غير
خصم او كانوا اي الشركاء مشترين وغاب احدهم اي لا يقسم المال مع غيبة احدهم فان
الملك الثابت بالشراء ملك جديد بسبب باشره ولهذا لا يرد بالعيب على بايع بايعه
فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فلا يقسم وان اقام بينة على الشراء بخلاف ما لو
اقاموا بينة على الموت وعدد الورثة وغاب احدهم فانه قسم ونصب وكيل لحصة الغائب
على ما تقدم والفرق بينهما ان الملك الثابت بالارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب فيما اشتراه

اشتراه المورث ويرد عليه فيما باعه هو ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب احدهما
خصما عن الميت فيما يده والاخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين
وصح القضاء لقيام البينة على خصم حاضر وفي الشراء قامت على خصم غائب فلا تقبل
ولا يقضى عليه فان الملك الثابت به ملك جديد فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب
كما ذكرناه واذا انتفع كل من الشركاء بنصيبه بعد القسمة كما اذا كان المقسوم بيتين
كبيرين متساويين قسم بطلب احدهم لان في القسمة تكميل المنفعة لانتفاع كل
واحد منهم بنصيبه بعد القسمة فكانت القسمة حقا لهم فوجب على القاضي
اجابتهم وان تضرر الكل لا يقسم الا برضاهم كما في البئر والرحى والحمام والحائط فان
الكل يتضررون بالقسمة فيها لتفويت المنفعة فالطالب للقسمة فيها متعنت فلا يجيبه القاضي
ويجوز برضاهم لان الحق لهم وهم اعرف بحاجتهم وان انتفع البعض لكثرة نصيبه
دون البعض لقلة نصيبه قسم بطلب ذي النفع لانه يطلب من القاضي حقه فيعتبر
طلبه فيجيبه القاضي لئلا يفوت حقه ولا يعتبر تضرر الاخر لانه يريد ان ينتفع بملك
صاحبه بعدم القسمة فلا يعتبر تضرره لا بطلب الاخر لانه متعنت في طلب القسمة
مع عدم انتفاعه بها بل يتضرر بها والقسمة وضعت للانتفاع والقاضي نصب ناظرا
فلا يشتغل بما لا يفيد فائدة بل يتضرر به هو الاصح احترز به عما نقل عن الحاكم
ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي لانه ان طلب صاحب الحظ القليل القسمة
فقد رضي بضرر نفسه وان طلب صاحب الحظ الكثير فقد طلب ان ينتفع بنصيبه
فيجيب القاضي كل واحد منهما وعن ابن ابي ليلى لا يقسم القاضي بطلب البعض مطلقا
الا اذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه لان المقصود بالقسمة تكميل المنفعة
وتحصيلها لا تفويتها والمعتبر فيها المعادلة بينهم في المنفعة قيل يقسم بطلب
غير المنتفع لانه يقصد الاضرار على نفسه لا بطلب المنتفع لانه يقصد الاضرار
على الغير فلا يجيبه القاضي والاصح ما ذكره المصنف ويقسم القاضي العروض
ان كانت من جنس واحد كالثياب مثلا او الابل مثلا لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود

فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة فيجبر القاضي على القسمة عند الطلب ولا يقسم
الجنسين المختلفين الذين كان بعضها في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين
فلا تقع القسمة تمييزا بل يقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي فيقسم
بالتراضي يعني ان الجنسين المختلفين لا يقسمان قسمة جمع بان يجمع حصة احد منهم
في جنس واحد وحصة الاخر في الجنس الاخر لفحش التفاوت بين الجنسين بل يقسمان قسمة
فرد بان يقسم كل جنس بانفراده فلو كان المقسوم ابلا وغنما مثلا لم يجمع نصيب
احد من الشركاء في الابل خاصة ونصيب الاخر منهم في الغنم خاصة بل يقسم الابل بينهم
على حصصهم ثم الغنم كذلك وكذا كل مكيل وموزون والعددي المتقارب وتبر الذهب
والفضة والحديد والنحاس يقسم بانفرادها ولا الجواهر اي لا يقسم الجواهر قال
في الهداية واما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلئ واليواقيت وقيل
لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري
الجواب على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج
على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا تصح التسمية ويصح ذلك على عبد فاذا فحشت
الجهالة فيهما من الرقيق فلا يجبر على القسمة فيهما كما لا يجبر في الرقيق بل اولى منه
فالمص اجرى الجواب على اطلاقه ولا الحمام ولا البئر ولا الرحى ولا الثوب الواحد
لان القسمة فيها يشتمل الضرر على الكل اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا
منه فلا يجبر القاضي على القسمة قال في الهداية ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال
القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع ولا ثوبين اذا اختلف قيمتهما لما بينا
بخلاف ثلاثة اثواب اذا كان قيمة الثوب الواحد مثل قيمة الثوبين فاراد احدهما
القسمة وابى الاخر يقسم القاضي بينهما ويعطي احدهما ثوبا والاخر ثوبين وكذا
ان استقام ان يجعل احد القسمين ثوبا وربع ثوب والاخر ثوبا وثلاثة ارباع
ثوب فان القاضي يقسم بينهم ويترك الثوب الثالث مشتركا بينهما على ذلك
الوجه لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز لانه يتيسر عليه التمييز

التمييز في بعض المشترك ولو تيسر ذلك في الكل قسم الكل عند طلب بعض الشركاء
فكذلك في البعض كذا في العناية ولا الحائط بين دارين لانه يتضرر الطرفين
بالقسمة لعدم بقاء نصيب كل منهما منتفعا به فلا يقسم الا برضاهم في كل
من الاشياء المذكورة لان الحق لهم وهم اعرف بحالهم وكذا اي لا يقسم القاضي
الرقيق عند ابي ح خلافا لهما قالا يقسمه القاضي لاتحاد الجنس كما في الابل والغنم
ورقيق المغنم ولابي ح ان التفاوت فاحش في الادمي لتفاوت المعاني الباطنة فيه
فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس
الا يرى ان الذكر والانثى من بني ادم جنسان لاختلاف المقاصد ومن الحيوانات جنس
واحد بخلاف رقيق المغنم لان حق الغانمين في المالية حتى كان للامام بيعها وقسمة
ثمنها وههنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا فلا يلحق احدهما بالاخر والدور المشتركة
الكائنة في مصر واحد يقسم كل واحد من تلك الدور على حدته اي على انفراده ولا
يقسم قسمة واحدة الا بالتراضي عند ابي ح وقالا ان كان الاصلح قسمة بعضها
في بعض جاز اعلم انه اذا كان لرجلين دورا في مصر واحد فطلبا من القاضي قسمتها
فانه يقسم كل دار منها على حدة ولم يجمع نصيب احدهما في دار الا ان يتراضيا على ذلك
عند ابي ح وقالا الراي في ذلك الى القاضي فان راى ان الاصلح لهما قسمة بعضها
في بعض قسمها بينهما كذلك وعلى هذا الخلاف الاراضي المشتركة المتفرقة لهما
ان الدور جنس واحد نظرا الى اتحاد الاسم والصورة واصل السكنى واجناس
نظرا الى اختلاف الاغراض وتفاوت منفعة السكنى باختلاف المحال فكان الترجيح
الى راي القاضي نصب ناظرا والمقصود من القسمة تكميل المنفعة ودفع الضرر عن
الشركاء فان راى القاضي ان الاصلح قسمة بعضها في بعض اي مجتمعا جاز ذلك وهذا
لانه اذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر كل واحد من الشركاء لتفرق نصيبه واذا قسم
الكل قسمة واحدة يجتمع نصيب كل واحد من الشركاء في دار واحدة وينتفع بذلك
فيكون ذلك اصلح لهم فاذا مال القاضي الى ذلك يقسم بينهم على هذا الوجه ولابي ح

ان الدور اجناس مختلفة لاختلاف المقاصد باختلاف المحال والجيران والقرب الى المسجد
والحمام والماء والسوق والبعد عنها اختلافا فاحشا وكذا الاراضي المتفرقة يتفاوت فيما هو
المقصود منها من الغلة والصلاحية للرطبة والكرم وغير ذلك والاجناس المختلفة لا يقسم
قسمة واحدة الا بتراضي الشركاء لانها لتكميل المنفعة وذا انما يكون عند اتحاد الجنس واما
اذا اختلف الجنس فقطع حق البعض عن احدى الدارين لا يكون تكميلا للمنفعة بل يكون
تفويتا لها بخلاف الدار الواحدة اذا اختلف بيوتها لان قسمة كل بيت على حدة يخل بمنافع
البيوت فيخل منافع الدار ايضا فلا يحصل معنى القسمة فيقسم مجتمعا وفي مصرين
اي ان كانت الدور المشتركة في مصرين يقسم كل دار على حدته اتفاقا وقال في الاختيار
وعن محمد لو كانت احديهما بالرقة والاخرى بالبصرة قسمت احديهما في الاخرى اي مجتمعا فعلم
ان في هذه المسئلة روايتين عن محمد وكذا اي قسم على حدة دار وضيعة او دار وحانوت
لاختلاف الجنس على ما ذكره الخصاف وقال في الهداية قال في اجارات الاصل ان اجارة منافع
الدار بمنافع الحانوت لا تجوز فهذا يدل على ان الدار والحانوت وكذا الدار مع الضيعة جنس
واحد فيجعل في المسئلة روايتان ولئن جعل منافع الدار ومنافع الحانوت والضيعة مختلفة
رواية واحدة لا متحدة يحمل حرمة الربوا في اجارات الاصل على شبهة المجانسة بينهما
والبيوت في محلة واحدة او في محلات من مصر واحد يجوز قسمة بعضها في بعض
اي مجتمعا لان التفاوت فيما بين البيوت في محلة او محلات من مصر يسير والمنازل المتلاصقة
بعضها ببعض كالبيوت اي قسمت قسمة واحدة يعني مجتمعا والمتباينة كالدور لان
المنزل فوق البيت دون الدور فالمنازل يتفاوت في معنى السكنى ولكن التفاوت فيها دون
التفاوت في الدور فهي تشبه البيوت من وجه والدور من وجه فلشبههما بالبيوت
قلنا اذا كانت متلاصقة يقسم قسمة واحدة كالبيوت لان التفاوت فيها يقل في مكان واحد
ولشبهها بالدور قلنا اذا كانت في امكنة متفرقة لا يقسم قسمة واحدة واعلم ان ههنا ثلاثة
فصول الدور والبيوت والمنازل فالدور متلاصقة كانت او متفرقة لا يقسم عنده قسمة
واحدة الا بالتراضي فالبيوت يقسم مطلقا لتقاربهما في معنى السكنى والمنازل ان كانت

كانت مجتمعة في دار واحدة متلاصقة بعضها ببعض قسمت قسمة واحدة والا فلا
سواء كانت في محال او في دار واحدة بعضها في ادناها وبعضها في اقصاها لما ذكرناه وقال
في الفصول كلها ينظر القاضي الى اعدل الوجوه كذا في العناية **فصل**
في بيان كيفية القسمة فيما يقسم وينبغي للقاسم ان يصور من التصوير ما يقسمه
على قرطاس ليمكنه حفظه او ليرفع ذلك القرطاس الى القاضي ليتولى الاقراع بينهم بنفسه
ان لم يأمر القاسم بالقرعة وذلك بان يكتب على القرطاس ان فلانا نصيبه من التركة كذا
وفلانا كذا اي النصف او الثلث او السدس الى غير ذلك من مسئلتهم ويعدله اي
يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه
ان كان المقسوم من المزروعات لان قدر المساحة تعرف بالذراع ويقوم بناءه ليعرف
قيمة البناء لانها لا تعرف الا بالتقويم ولا بد منه لحاجته اليه لاجل الاجرة ويفرز كل نصيب
عن الباقي بطريقه وشربه ان امكن ذلك لينقطع النزاع ويتم معنى القسمة لان القسمة
لتكميل المنفعة وبذلك تتم المنفعة وان لم يمكن بطلت القسمة ويلقب الانصباء بالاول
والثاني والثالث وهكذا الى ان يتم السهام ويكتب اسماءهم ويقرع فالاول لمن خرج
اسمه اولا والثاني لمن خرج اسمه ثانيا والثالث لمن خرج ثالثا قال في الزيلعي وكيفيته
ان ينظر الى اقل الانصباء فيقدر به اجزاء السهام حتى اذا كان العقار مشتركا بين
ثلاثة نفر لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس يجعل اجزاء السهام اسداسا
لان السدس اقل السهام فيكون لصاحب النصف ثلاثة اسداس ولصاحب الثلث
سدسان ولصاحب السدس سدس واحد ويلقب النصيب من اي جانب شاء بالاول
ثم الذي يليه بالثاني ثم الذي يليه بالثالث ثم يكتب اسامي الشركاء بطاقات ويطوي كل
بطاقة ويجعلها شبه البندقة ويجعلها في طين ثم يخرجها ويدلكها
بين كفيه ثم يجعلها في وعاء او في كمه ثم يخرج واحدا بعد واحد فمن خرج اسمه
اولا فله السهم الاول ومن خرج اسمه ثانيا فله السهم الثاني الى ان ينتهي الى الآخر
فان خرج اولا في المثال المذكور اسم صاحب النصف كان له ثلاثة اسداس من الجانب

مطلب كيفية القرعة

الملقب بالاول وان خرج ثانيا كان له من الذي يليه الاول وان خرج ثالثا كان له كذلك من الذي يلي
الثاني وعلى هذا كل واحد منهم هذا واعلم ان القرعة في القسمة ليست بواجبة بل لتطييب
قلوبهم حتى لو قسم بلا قرعة جاز ولقب الانصباء ليتمكن من الالزام عند خروج قرعة كل
واحد منهم فاذا كانت القرعة لتطييب قلوبهم فلا قمار فيها على ما زعم ولا يدخل الدراهم
وكذا الدنانير في القسمة الا برضاهم اي لا يدخل في القسمة الدراهم التي ليست في التركة
ليجبر بها نقصان بعض الانصباء بل يجبر النقصان بشيء من التركة صورته دار بين
جماعة فارادوا قسمتها وفي احدى الجانبين فضل بناء فاراد احد الشركاء ان يكون
عوض الفضل دراهم او دنانير وآخر لم يرض بذلك لم يدخل الدراهم في القسمة حتى
لا يكلف من وقع البناء في نصيبه ان يرد بازاء البناء دراهم اذ لا شركة بينهم في الدراهم لانها
ليست من التركة فلا يجوز قسمة ما ليس من التركة ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان
احدهما يصل الى عين العقار المشتري ودراهم الآخر كانت في ذمته وقت القسمة ولعلها
لا تسلم له لاحتمال التوى قبل الوصول اليه ولان الجنسين المشتركين لا تقسم كما تقدم فما
ظنك عند عدم اشتراكهما فلا تدخل في القسمة الا عند رضاهم لان اصحاب الحقوق
اعرف بحالهم ولا مراحم لهم عند الرضا او الا عند الضرورة ولهذا ذهب ابو يوسف
فيما اذا كان المقسوم ارضا وبناء الى انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن المعادلة
الا بالتقويم ولان البناء لا يمسح فلا يمكن تعديله بالمساحة بل بالتقويم وذهب ابو ح الى ان
الارض يقسم بالمساحة لانها الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء في نصيبه او من
كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة
كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة التزويج وذهب محمد الى ان يرد على
شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة فان لم يف العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد
الفضل دراهم لان الضرورة تحققت في هذا المقدار فلا يترك الاصل الا لها قيل وهذا يوافق
رعاية الاصل وان وقع مسيل الماء لاحدهم في نصيب شريك آخر ولم يشترط في القسمة
صرف عنه ان امكن الصرف والا فسخت يعني ان قسم القسام الدار المشتركة بين الشريكين

الشريكين ولاحدهما مسيل الماء في نصيب الآخر او طريق فلا يخلو اما ان يمكن صرف ذلك عنه
اولا فان امكن صرفه ولا يسيل ولا يستطرق في نصيب الآخر سواء كان ذلك مشروطا في
القسمة او لم يكن مشروطا لانه امكن تحقيق معنى القسمة وهو الافراز والتمييز من غير
ضرر للآخر فلا يصار اليها مع ارتكاب الضرر وان لم يمكن فاما ان اشترط ذلك في القسمة
او لا فان كان الثاني فسخت القسمة لانها مختلة لما فيه من الضرر وبقاء الاختلاط فيستأنف
بخلاف البيع فانه اذا باع دارا او ارضا ولا يتمكن المشتري من الاستطراق ولا من تسييل الماء
ولم يذكر الحقوق فانه لا يفسد لان المقصود من البيع تملك العين وانه يجامع تعذر
الانتفاع في الحال كما لو اشترى جحشا صغيرا واما القسمة فانها لتكميل المنفعة ولا يتم
ذلك الا بالطريق والمسيل وان كان الاول يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك
بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار التكميل وفيها معنى الافراز ايضا وذلك
باعتبار انقطاع تعلق حق احدهما بالآخر فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص فقلنا
ندخل عند التنصيص ولا يدخل عند عدمه عملا بالدليلين ويقسم القاضي سهمين
من العلو بسهم من السفل اي بمقابلة سهم منه عند ابي ح وعند ابي يوسف يقسم
سهما من العلو بسهم اي بمقابلة سهم من السفل وعند محمد يقسم بالقيمة لا بالسهم
وعليه الفتوى هكذا في المختار وعبارة الهداية هكذا واذا كان سفل لا علو عليه وعلو لا سفل
له وسفل له علو قوم كل واحد على حدة وقسم بالقيمة عند محمد وقال ابو ح وابو يوسف
يقسم بالذرع ثم قال ابو ح ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف ذراع
بذراع وهكذا في الكنز والوقاية وصورته على ما ذكره علاء الدين في شرح الوقاية سفل
وعلو مشترك بين رجلين وسفل مشترك بين هذين الرجلين وعلوه لرجل آخر
وعلو مشترك بين هذين الرجلين ايضا وسفله لرجل آخر في دار واحدة وطلبا القسمة
من القاضي او طلب احدهما فقال ابو ح وابو يوسف يقسم بالذراع لان القسمة بالذرع هي
الاصل في المذروعات والكلام فيها والمعتبر التسوية في اصل السكنى لا في المرافق والعلو والسفل
سيان في اصل السكنى وقال محمد يقسم بالقيمة لان السفل يصلح لما يصلح له العلو والعلو

لا يصلح لما يصلح له السفل من حفر البئر واتخاذ الاصطبل والسرداب وغيرها فصارا جنسين
مختلفين فلا يمكن التعديل بينهما الا بالقيمة ثم اختلف ابوح وابو يوسف في كيفية
القسمة بالذرع فقال ابوح ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف ذراع بذراع
ثم قيل اجاب كل واحد منهم على عادة اهل عصره فان اباح اجاب بناء على ما شاهده
من عادة اهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وابو يوسف اجاب على ما شاهده من
عادة اهل بغداد في التسوية بين السفل والعلو في معنى السكنى ومحمد اجاب بناء على ما
شاهد من اختلاف العادة في البلدان وقيل هو اختلاف حجة وبرهان فان اباح يقول لصاحب
السفل منافع كثيرة وهي تبقى ايضا بعد انهدام العلو والعلو لا يبقى بعد انهدام السفل
فكانت منفعته ضعف منفعة العلو ولصاحب العلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى
وابو يوسف يقول هما مستويان في الانتفاع فان لكل واحد من صاحب السفل والعلو ان
يفعل ما لا يضر بالاخر حتى كان لصاحب العلو ان يبني اذا لم يضر بصاحب السفل ولصاحب
السفل ان يحفر اذا لم يضر بصاحب العلو فاستويا في الانتفاع فيستويان في القسمة
ايضا ومحمد يقول العلو والسفل بناء والمعادلة في قسمة البناء بالقيمة دون الذرع
لان في بعض البلدان قيمة العلو اكثر وفي بعضها قيمة السفل اكثر كما في البلاد الحارة
والباردة فلا يمكن اعتبار المعادلة بينهما الا بالقيمة ثم قول محمد لا يحتاج الى التفسير
وتفسير قول ابح ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون ذراعا
وثلث ذراع من البيت الكامل اي المشتمل على السفل والعلو لان العلو عنده مثل نصف
السفل فثلاثة وثلاثون ذراعا وثلث ذراع من علو البيت الكامل يكون بمقابلة مثله
من العلو المجرد وثلاثة وثلاثون وثلث من سفل البيت الكامل يكون بمقابلة ستة وستين
وثلثين من العلو المجرد فذلك تمام المائة ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد
ستة وستون وثلثا ذراع من البيت الكامل لان علوه مثل نصف سفله فستة وستون
وثلثان من سفل الكامل بمقابلة مثله من السفل المجرد وستة وستون وثلثان من
علو الكامل في مقابلة ثلاث وثلثين وثلث ذراع من السفل المجرد فذلك تمام مائة وتفسير

وتفسير قول ابي يوسف ان يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من
السفل المجرد او مائة ذراع من العلو المجرد لان العلو والسفل عنده سواء فخمسون
ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها سفل وخمسون منها علو
كذا في الهداية والعناية وان اقر احد المتقاسمين بالاستيفاء ثم ادعى ان بعض نصيبه
في يد صاحبه لا يصدق الا بحجة هذا شروع في بيان دعوى الغلط في القسمة وهي
على وجوه منها ما ذكره المص بانه ان احد الشريكين ادعى الغلط في القسمة وزعم
ان بعض نصيبه في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء حقه تماما لا يسمع
دعواه ولا يصدق في ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق الا
بحجة كالمشتري اذا ادعى لنفسه خيار الشرط فانه لا يسمع دعواه الا ببينة فان اقامها
فقد نور دعواه بها وان عجز عنها استحلف الشركاء لانهم لو اقروا بذلك لزمهم فاذا
انكروه استحلفوا لرجاء النكول فمن حلف لا سبيل عليه ومن نكل جمع بين نصيبه
ونصيب المدعي فيقسم على قدر حقهما لان نكوله حجة عليه كاقراره ولا يكون حجة
على غيره وانما لم يتحالفا لانه متناقض في دعواه والتناقض يمنع صحة الدعوى والتحالف
يبتني على صحة الدعوى كذا في العناية وغيره ويرد عليه انه ينبغي ان لا يقبل بينته
ايضا لانها تبتني ايضا على صحة الدعوى واذا لم تصح الدعوى للتناقض لم تقبل بينته
ولا يترتب عليه التحالف وباقي وجوه دعوى الغلط ذكرها الامام قاضيخان حيث قال
في فتاواه اذا ادعى احد الشركاء غلطا في القسمة لا تعاد القسمة بمجرد دعواه ولا يعاد ذرع
شيء من ذلك ولا مساحته ولا كيله ولا وزنه الا بحجة وان لم يكن له حجة وطلب استحلاف
الشركاء فانه يستحلف لرجاء النكول ثم الغلط في القسمة على وجوه احدها ان يقول
حقي في النصف وقد اخذت الربع او الثلث وقال الاخر بل حقك الثلث وقد اخذته
وفي هذا يتحالفان ويترادان ايضا لان القبض له شبه العقد ولو اختلفا في العقد
يتحالفان فكذا ما يشبهه ومنها ان يكون المنازعة بينهما في الزيادة فيقول احدهما
اخذت انت يا فلان اكثر من حقك او غصبت الزيادة غصبا بعد ما قبضته ويقول الاخر

مطلب
دعوى الغلط في القسمة لا يسمع

اخذت حقي وما اخذت الزيادة كان القول قول الاخر والبينة بينة صاحبه ولا يتحالفان
ولا يترادان القسمة ومنها ان يكون المنازعة بينهما فيما اشهد كل منهما على استيفاء
الحق بالتمام ثم يقول احدهما حقي الذي في يديك وحقك الذي في يدي ويقول
قد قسمناها ولكن اخذت انا بعض حقي دون بعض لا يسمع دعواه ولا خصومته
بعدما اشهد على القبض والاستيفاء كما ذكره المص ومنها ان يقع المنازعة بينهما
في التقويم فيقول احدهما قيمتها اكثر مما قومته وينكر الاخر ففي هذا الوجه
لا يقبل قوله ولا يسمع دعواه كذا ذكر في الاصل قال الفقيه ابو بكر البلخي ان كان
التفاوت يسيرا فهو كما قال في الاصل وان كان التفاوت كثيرا يرجى ان يسمع دعواه
هكذا ذكره في قاضيخان وفصله في العناية حيث قال ولو اختلفا في التقويم فلا
يخلوا اما ان يكون يسيرا او فاحشا لا يدخل تحت تقويم المقومين فان كان
يسيرا لم يلتفت الى دعواه سواء كانت القسمة بالتراضي او بقضاء القاضي لان
الاحتراز عن مثله عسير جدا وان كان فاحشا فان كانت القسمة بقضاء القاضي
فسخت القسمة لان الرضى منهم لم يوجد وتصرف القاضي مقيد بالعدل ولم يوجد
وان كان بالتراضي لم يذكره محمد وحكى عن الفقيه ابو جعفر الهندواني انه كان
يقول للقائل ان يقول لا تسمع هذه الدعوى لان القسمة في معنى البيوع ودعوى
الغبن فيه من المالك لا يوجب نقضه اما البيع من غير المالك فانه ينقض بالغبن
الفاحش كبيع الاب والوصي وللقائل ان يقول تسمع هذه الدعوى لان المعادلة
شرط في القسمة والتعديل في الاشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة فاذا ظهر
في القيمة غبن فاحش فات شرط جواز القسمة فيجب نقضها والصدر الشهيد
وصاحب الهداية اختارا القول الاول انتهى ويقبل شهادة القاسمين فيها
اي في استيفاء حقه والتانيث باعتبار المسئلة يعني لو انكر بعض الشركاء بعد
القسمة استيفاء نصيبه فشهد القاسمان انه استوفى حقه تقبل شهادتهما
سواء كانا من جهة القاضي او من جهة غيره هذا قول ابي ح وابي يوسف خلافا لمحمد

لمحمد فانه قال لا تقبل شهادة القاسمين وبه قال ابو يوسف اولا وهو قول الشافعي
ايضا وذكر الخصاف قول محمد مع قول ابي ح وابي يوسف واليه مال القدوري
لمحمد انهما شهدا على فعل انفسهما لتصحيح تصرفهما فلا يقبل كمن علق عتق
عبده على فعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا على الاستيفاء
والقبض وهو فعل غيرهما لان فعلهما التمييز لا غير ولا حاجة الى الشهادة على
التمييز او لانه لا يصلح ان يكون مشهودا به لانه غير لازم وانما يلزم بالقبض والاستيفاء
وهو فعل غيرهما فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي اذا قسما باجرة لا تقبل
شهادتهما بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استوجرا
عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل واجيب عنه بانهما لا يجران
الى انفسهما بهذه الشهادة مغنما لان الخصوم اتفقوا على ايفائهما العمل المستاجر
عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة وقيد بالقاسمين
لانه لو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد لا تقبل على الغير كذا في الزيلعي
وان قال احد الشريكين قبضته على صيغة المتكلم ثم اخذت على صيغة الخطاب
بعضه اي المقبوض حلف خصمه يعني يكون القول قول خصمه مع يمينه لانه
يدعي عليه غصب بعض ما قبضه من نصيبه وهو ينكر الغصب والقول قول
المنكر والبينة بينة مدعي الغصب ولا يتحالفان وان قال قبل ان يقر بالاستيفاء
اصابني كذا ولم يسلم الي وكذبه شريكه الاخر تحالفا وفسخت القسمة لان
اختلافهما فيما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في المبيع والثمن
كذا في الزيلعي وعلله في قاضيخان بغير هذا وقد ذكرناه من قبل ولو ادعى غبنا
في القسمة لا يعتبر كالبيع اي كما لا يعتبر دعوى الغبن في البيع فان دعوى الغبن
غير معتبر ولو فاحشا الا ان يكون مع التغرير من الغابن الا اذا كانت القسمة بقضاء
القاضي والغبن فاحش فتفسخ القسمة لان قسمة القاضي مقيد بالعدل
والنظر فاذا لم يوجد العدل منه لم يعتبر قسمته فيسمع دعوى الغبن

الفاحش

قال في قاضيخان اذا اقتسم القوم شيئا من ميراث او غير ذلك ثم ظهر الغبن الفاحش
في القسمة ان كانت القسمة بقضاء القاضي يبطل عند الكل وان كانت بالتراضي اختلفوا
فيه قال الفقيه ابو جعفر ان قال قائل بان للمغبون ان يبطل القسمة فله وجهه
وان قال قائل ليس له ان يبطل فله وجه ايضا وقال في الزيلعي نقلا عن الكافي والصحيح
تبطل القسمة ولو استحق شروع في بيان دعوى الاستحقاق بعد القسمة
بعض معين من نصيب البعض اي بعض الشركاء لا تفسخ ويرجع بقسطه
في حظ شريكه وكذا في الشايع اي ولا تفسخ ايضا لو كان الاستحقاق في الجزء الشايع
في نصيب البعض هذا عند ابي ح وعند ابي يوسف تفسخ وفي بعض شايع في الكل اي في
كل من النصيبين تفسخ اجماعا اعلم ان ههنا اربعة اوجه الاول استحقاق بعض
معين في احد النصيبين وهو الذي ذكره المص اولا والثاني استحقاق بعض معين
في النصيبين جميعا والثالث استحقاق بعض شايع في احد النصيبين والرابع
استحقاق بعض شايع في النصيبين ففي الاول والثاني لا تفسخ القسمة بالاتفاق
بل في الاول يرجع بقسطه في حظ شريكه وفي الثاني كذلك ان كان الاستحقاق في احدهما
ازيد من الاخر وان استويا فلا رجوع لاحدهما على الاخر وفي الثالث لا تفسخ عند ابي ح
بل يخير ان شاء رجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وان شاء رد ما بقي واقتسموا ثانيا
وقال ابو يوسف تفسخ ومحمد مع ابي يوسف في رواية ومع ابي ح في رواية وفي الرابع
تفسخ بالاتفاق هكذا ذكر الاختلاف في الاسرار في الجزء الشايع واختاره المص وذكر
في القدوري والمختار الاختلاف في الوجه الاول اعني استحقاق بعض معين في احد
النصيبين والصحيح ما ذكره المص كذا في الزيلعي وما ذكره في الهداية من ان صاحب الاسرار
ذكر الاختلاف كما ذكره في القدوري في البعض المعين خطأ على ما صرح به في النهاية
ثم وجه ابي يوسف ان باستحقاق بعض شايع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة
بدون رضاه باطلة فصار كما اذا استحق بعض شايع في الكل في انعدام معنى القسمة
اعني الافراز اما في النصيب الذي ظهر فيه الاستحقاق فظاهر واما في النصيب الاخر فلانه

فلانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الاخر شايعا بخلاف البعض المعين فان
باستحقاق بعض معين يبقى الافراز فيما وراءه لكنه مخير ان شاء نقض القسمة من
الاصل لانه ما رضي بها الا على تقدير المعادلة وقد فاتت وان شاء رجع كما ذكرناه ولابي ح
ان معنى القسمة وهو التمييز والافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شايع في نصيب
احدهما لانه لا يوجب الشيوع في نصيب الاخر ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه
في الابتداء بان كانت دار نصفين والنصف المقدم منها مشترك بين ثلاثة نفر
والنصف المقدم من هذا النصف المقدم لواحد منهم والنصف الاخر منه بين
اثنين على السوية والنصف المؤخر نصفي الدار بين هذين الاثنين على السوية
ايضا فاقتسما الاثنان على ان يأخذ احدهما قدر نصيبهما من المقدم وربع المؤخر
فانه جائز فاذا جاز هذا ابتداء جاز انتهاء بعد الاستحقاق بطريق الاولى وصار
كاستحقاق الجزء المعين في عدم انتفاء معنى الافراز بخلاف الشايع في النصيبين
فانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث بتفريق نصيبه في النصيبين اما ههنا
فلا ضرر بالمستحق فاذا لم تبطل القسمة فله الخيار على ما ذكرناه ولو ظهر
بعد القسمة دين على الميت محيط نقضت القسمة اي ان لم يوف الورثة ولم
يبرأ الغرماء والا فلم تنقض القسمة وهذا لان الدين يمنع وقوع الملك للوارث فظهر
ان القسمة وقعت في غير محله فتنقض وكذا لو كان الدين غير محيط لان حق الغرماء
تعلق بالتركة فتبطل القسمة لتعلق حقهم الا اذا بقي من التركة بلا قسمة ما يفي به
اي بالدين فح لا تفسخ القسمة لعدم الحاجة الى الفسخ لامكان وصول حقهم اليهم
بلا فسخ القسمة ولو ابرأ الغرماء الورثة او اداه اي الدين الورثة من مالهم
لا تنقض القسمة مطلقا اي سواء كان الدين محيطا او لا وسواء كان الداين راضيا
او لم يرض بخلاف ما اذا ظهر وارث او الموصى له بالثلث او الربع بعد القسمة
وقالت الورثة نحن نقضي حقهما فان القسمة تنقض ان لم يرض الوارث والموصى له
لان حقهما في عين التركة فلا ينتقل الى مال اخر الا برضاهما كذا في العناية قلت فيه نظر

لانه ذكر في فصل من قسمة قاضيخان وقال العلم بكون الدين ظاهرا وقت القسمة ثم ظهر
بعد القسمة كانت القسمة مردودة الا ان يقضوا الدين من مالهم وكذا لو ظهر
في التركة وصية بالثلث او بعين من اعيان المال فالوصية بمنزلة الدين انتهى فقد
جعل دعوى الوصية مثل دعوى الدين دون مثل دعوى الارث اطلق الدين فشمل
دين الوارث ودين الاجنبي على الميت والدين على الوارث فان دين الوارث مثل
دين الاجنبي في بطلان القسمة بظهوره واقدام الوارث على تقسيمه لا يمنع دعوى
الدين ولا بطلان القسمة لما قال في قاضيخان ميراث بين قوم لم يكن هناك دين ولا وصية
فمات بعض الورثة وعلى الميت الثاني دين او اوصى بوصية او كان له وارث غائب او صغير
فاقتسموا الورثة ميراث الميت الاول بغير قضاء كان لغرماء الميت الثاني ان يبطلوا القسمة
وكذلك لصاحب الوصية والوارث الغائب والصغير لان ورثة الميت الثاني قاموا مقام
الميت الثاني ولو كان هو حيا غائبا لم تنفذ قسمتهم عليه فكذا اذا كان ميتا.
ميراث بين قوم اقتسموا واشهدوا على انفسهم بالقسمة ثم ادعت امرأة
الميت المهر على الميت واقامت البينة كان لها ان يبطل القسمة ويكون دينها كدين
اجنبي فاقدامها على القسمة لا يمنعها من دعوى الدين لان اجازة الغريم القسمة
قبل ان يصل اليه الدين باطلة ويكون وجودها كعدمها وكان له ان يبطل القسمة
فكذا اذا كان الغريم هو الوارث انتهى فظهر من المسئلة الاولى ان ظهور الدين
على الوارث يبطل صحة القسمة ومن المسئلة الثانية ان ظهور الدين للوارث
يبطل صحة القسمة **فصل** لما ذكر احكام القسمة في الاعيان شرع
في بيان احكام قسمة الاعراض وهي المهاياة وهي في اللغة المفاعلة من الهيئة قال
في المصباح الهيئة الحالة الظاهرة يقال هاء يهوء ويهيء هيئة حسنة اذا صار اليها
وتهيأت الشيء اخذت له هيئة وتفرغت له وهيأته للامر اعددته فتهيأ وتهايا
القوم تهايؤا من الهيئة ان جعلوا لكل واحد هيئة معلومة والمراد النوبة وهاياته
مهاياة وقد تبدل الهمزة الفا للتخفيف فيقال هاييته مهاياة انتهى وقال في المغرب

في المغرب الهيئة هي الحالة الظاهرة للمتهيئ للشيء والتهايؤ تفاعل منها وهو ان
يتواضعوا على امر فيتراضوا به وحقيقته ان كلا منهم يرضى بحالة واحدة ويختارها
يقال هاياء فلان فلانا وتهايأ القوم واما المهاياة بابدال الهمزة الفا فلغة انتهى
وفي عرف الفقهاء هي عبارة عن قسمة المنافع وهي جائزة استحسانا ولذا قال وتجوز
المهاياة والقياس انه لا يجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها لان كل واحد من الشريكين
ينتفع بنوبته في ملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته ولكن يترك
القياس بالكتاب والسنة والاجماع على سبيل التعاقب على ما بين في محله ولان
المهاياة قد يحتاج اليها اذ قد يتعذر الاجتماع على الانتفاع من عين واحد فكانت
المهاياة جمعا للمنافع في زمان واحد كالقسمة فانها جمع النصيب الشايع في مكان
معين فجرت المهاياة في المنافع مجرى القسمة في الاعيان ولو لم تجز المهاياة لادى
الى تعطيل الاعيان ولهذا تجري فيها جبر القاضي اذا طلبها بعض الشركاء وابى غيره
كما في قسمة الاعيان الا ان القسمة اقوى منها في استكمال المنفعة لانها جمع المنافع
في زمان واحد دفعة واحدة والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين
القسمة والاخر المهاياة تقسم العاصي لانها ابلغ في التكميل ولو وقعت المهاياة
فيما تكمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة تقسم ويطلب المهاياة وتجبر عليها
اي على المهاياة في دار واحدة بان يسكن هذا الشريك بعضا وهذا بعضا اخر من
تلك الدار وهذا علوها وهذا سفلها لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا
المهاياة اختلفوا في التهايؤ على هذا الوجه هل هو افراز او مبادلة قال بعضهم
انها افراز لا مبادلة لتحقق معنى الافراز فيه فان القاضي يجمع جميع منافع احدهما
في بيت او مكان واحد بعد ان كانت شايعة في بيتين او مكانين وكذلك في حق الاخر
ولو كان مبادلة لما صح ذلك لانها لا تجوز في الجنس الواحد لشبهة الربا لان المبادلة
تمليك بالعوض فلا يعرى عن شبهة الربا وقيل هو افراز من وجه عارية من وجه
وقيل هو افراز من وجه مبادلة من وجه كقسمة الاعيان قال في الزيلعي والاوجه

انها افراز من كل وجه وفي المهاياة في المكان ولهذا لا يشترط فيها التاقيت وجاز لكل واحد
من الشركاء ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث
المنافع على ملكه ولا كذلك العارية والاجارة وفي المهاياة في الزمان افراز من وجه
لنفي واعترض عليه بان كلا من الشريكين يترك ماله من المنفعة فيما اخذه صاحبه بعوض
وهو الانتفاع بنصيب صاحبه فكيف يتصور ان يكون افرازا لكل نصيبه وفي بيت صغير
اي ويجبر عليها ايضا في بيت صغير ليسكنه هذا شهرا وهذا شهرا وهذا هو
التهايؤ في الزمان وانما جاز لضرورة الحاجة اليه وهذا التهايؤ افراز من وجه على
ما ذكرناه وله اي لكل من الشريكين الاجارة اي اجارة ما اصابه بالمهاياة في المكان
او في الزمان شرط ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه واخذ الغلة
اي الاجرة في نوبته متعلق بالاجارة وفي عبد اي ويجبر عليها في عبد يخدم هذا
يوما وهذا يوما وهو التهايؤ في الزمان وهو متعين فيه كما في البيت الصغير
لتعذر التهايؤ في المكان ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل
يحتملهما يامر القاضي بالاتفاق لان التهايؤ في المكان اعدل لاستوائهما في زمان
الانتفاع وليس فيه تقديم احدهما على الاخر فكان اعدل وفي الزمان اكمل لان كل واحد
في نوبته ينتفع بجميع الدار فكان اكمل فلما اختلفت الجهة فلا بد من الاتفاق
فان اختاراه من حيث الزمان يقرع بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيا للتهمة
عن نفسه كذا في الزيلعي وفي عبدين يخدم احدهما اي احد العبدين احدهما اي احد الشريكين
والعبد الاخر يخدم الشريك الاخر اما عند ابي يوسف ومحمد فلان قسمة الرقيق جائزة
عندهما فكذا قسمة المنفعة واما عند ابي ح ففي رواية عنه انه لا يجوز الا بالتراضي
لان قسمة الرقيق لا يجري فيها الجبر عنده فكذا منفعته وفي رواية عنه وهو الاصح
انه يجوز جبرا لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق
لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا ولو اتفقا في التهايؤ على العبدين على ان نفقة
كل عبد على من يخدمه جاز استحسانا لان العادة جرت بالمسامحة في اطعام المماليك

المماليك فلا تفضي الجهالة الى النزاع كما في استيجار الظئر بطعامها وكسوتها
بخلاف الكسوة لانه لا تسامح فيها عادة فلا يجوز وفي دارين سكن هذا الشريك
هذه الدار وهذا الشريك الاخر يسكن هذه الدار الاخرى ويجبر القاضي عليه بالاتفاق
على ما في الزيلعي اما عندهما فلان الدارين عندهما كدار واحدة حتى يجري الجبر على
قسمتهما وكذا عنده لان المنافع لا تتفاوت فيجوز ويجبر الابي عنها ويعتبر افرازا
كالاعيان المتقاربة بخلاف القسمة لان التفاوت في اعيانهما فاحش فالتحقت
بالاجناس المختلفة فصارت مبادلة وقيل عنده يجوز بالتراضي ولا يجبر اعتبارا
بالقسمة وعنه انه لا يجوز التهايؤ فيهما اصلا لا بالجبر ولا بالتراضي لانه يصير
بيع المنافع بالمنافع من جنسه نسيئة وذلك لا يجوز بخلاف قسمة رقبتهما حيث
يجوز بالتراضي لان بيع احديهما بالاخرى جائز وفي الظاهر ان قوله كقولهما كذا في
الزيلعي ولا يجوز ذلك في دابة او دابتين الا بتراضيهما بان ركب احدهما بهيما والاخر يوما
هذا عند ابي ح خلافا لهما فلا يجوز التهايؤ في الدابة ايضا واحدة او ثنتين اعتبارا لها
بقسمة الاعيان ولابي ح ان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين تفاوتا فاحشا ويجوز
التهايؤ في استغلال دار او دارين وذلك بان استغل هذا الشريك هذه الدار وهذا
الشريك الدار الاخرى او استغل هذا شهرا وهذا شهرا في الدار الواحدة لا في
استغلال عبد او دابة من حمار او بغل او فرس وغيرها وهذا لان النصيبين
يتعاقبان في الاستيفاء فالظاهر التغيير في الحيوان فيفوت المعادلة بخلاف
التهايؤ في استغلال الدار الواحدة حيث يجوز في ظاهر الرواية لان الظاهر
عدم التغيير في العقار فافترقا وما اي الغلة التي زاد في نوبة احدهما في الدار الواحدة
مشترك بين الشريكين تحقيقا للتعديل لا في الدارين اي لا يشتركان فيما زاد من
الغلة في نوبة احدهما في استغلال الدارين لان معنى الافراز راجح في الدارين
لاتحاد زمان الاستيفاء فان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل
اليها صاحبه وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا كانه استقرض

نصيبه من غلة هذا الشهر على ان يستوفي من نصيبه في الشهر الثاني ويجعل
كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في ايجاد نصيب صاحبه فاذا استوفي القرض
كان الباقي مشتركا بينهما والتهايؤ في استغلال عبدين هذا هذا اي هذا الشريك
استغل هذا العبد وهذا الشريك الآخر العبد الآخر لا يجوز عند ابي ح خلافا لهما
لا يجوز لان المعادلة تمكن بينهما لاتحاد وقتهما ولان قسمة رقبتهما ومنفعتهما
جائزة عندهما فكذا قسمة غلتهما فصارا كالدارين بخلاف التهايؤ في غلة عبد
واحد حيث لا يجوز لانه لا يتاتى الا في زمانين فيتوهم تغيره بل هو الظاهر في الاستغلال
لان العادة جرت بالاستقصاء فيه فيتغير من التعب بخلاف التهايؤ في خدمة
عبد واحد حيث يجوز بالاجماع على ما تقدم ولابي ح ان التهايؤ في الخدمة جوز
للضرورة لعدم امكان قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانه يمكن قسمتها لان الغلة
عين مال وعلى هذا الخلاف الدابتان لا يجوز استغلالهما عند ابي ح ويجوز
عندهما لما ذكرناه في العبدين ولا يجوز التهايؤ في ثمر شجر او لبن غنم او اولادها
يعني لو كان شجر او غنم بين رجلين فتهايئا على ان ياخذ كل منهما طائفة من الشجر والغنم
يستثمرها او يرعاها ويشرب البانها وياخذ اولادها لا يجوز ذلك لان المهاياة في
المنافع ضرورة انها لا تبقى فتتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية ترد القسمة عليها
عند حصولها والحيلة فيها ان يبيع حصته من الآخر ثم اشترى كلها بعد مضي نوبته
او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز
كذا في الهداية قيد بلبن غنم احترازا عن لبن آدم فانه يجوز التهايؤ فيه حتى لو كانت
جاريتان مشتركتان بين اثنين فتهايئا على ان يرضع احديهما ولدا حدهما والاخرى
ولد الآخر يجوز لان لبن ابن آدم لا قيمة له فيجري مجرى المنافع كذا في الزيلعي ويجوز
التهايؤ في عبد ودار على السكنى والخدمة يعني لو كان بين اثنين عبد ودار فتهايئا على ان
يخدم احدهما العبد ويسكن الآخر في الدار جاز ذلك لان التهايؤ في الخدمة والسكنى
يجوز عند اتحاد الجنس فعند الاختلاف اولى كذا في الاختيار وكذا في كل مختلفي المنفعة

المنفعة كسكنى دار وزرع ارض وكذا الحمام والدار المشتركتين بين اثنين وذلك
لما ذكرناه ايضا ولا تبطل المهاياة بموت احدهما ولا بموتهما لانا نحتاج الى اعادتها
بطلب الوارثين او احدهما فلا تبطل ولو طلب احدهما بعد المهاياة القسمة بطلت
المهاياة يعني لو تهايئا ما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة بطلت التهايؤ
ويقسم القاضي لان القسمة اقوى من المهاياة على ما ذكرناه في اول الفصل كتاب
المزارعة هي في اللغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة عقد على الزرع ببعض
الخارج وهي اي المزارعة فاسدة عند ابي ح وعندهما جائزة وبه يفتى لحاجة الناس
اليها في عموم البلدان ثم محل الخلاف هي المزارعة على قدر معين من الخارج من الثلث
او الربع او النصف ولذا قال في التعريف ببعض الخارج والا فلو لم يعين شيئا اصلا
او عقدا عقد المزارعة على دراهم مسماة كانت فاسدة بالاتفاق لهما ما روي ان
النبي صلى الله عليه وسلم عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع ولانه عقد
شركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة بخلاف دفع
الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها
فلم يتحقق شركة ولابي ح ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة وهي
المزارعة ولانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر
مجهول ومعدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم اهل خيبر
كان خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز ثم اذا فسدت المزارعة عنده
فان سقى المزارع الارض وكربها فله اجر مثل عمله سواء خرج من الارض شيء او لم
يخرج لانه في معنى اجارة فاسدة هذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان
البذر من قبل المزارع فعليه اجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر
لانه نماء ملكه وللآخر الاجر قال الحصيري ما ابو ح هو الذي فرع هذه المسائل على
اصوله الظاهر ان هذا الضمير راجع الى ابي ح وفيه نظر لما قال في الخلاصة ان ابا ح
انما فرع المسائل على قول من جوز المزارعة لعلمه ان الناس لا ياخذون بقوله انتهى فعلم

ان في ضمير اصوله نظرا الظهر انه راجع الى المجوز في عبارة الحصيرى لعلمه ان الناس
لا ياخذون بقوله ويشترط فيها اى يشترط في المزارعة عند من يجوزها شروط ثمانية
احدها صلاحية الارض للزرع لان المقصود لا يحصل دون الصلاحية واهلية العاقدين
اى هو الشرط الثانى اى يكون كل من المزارع ورب الارض من اهل العقد لان العقد الشرعى
لا يصلح الا من الاهل وتعيين المدة وهو الشرط الثالث وهذا لانها عقد على منافع الارض
او منافع العامل ولا يعرف ذلك الا بالمدة المعينة ولا بد ان يكون المدة قدر ما يتمكن من
الزراعة او اكثر ولا يكون الاكثر قدر ما لا يعيش اليه مثلهما او مثل احدهما غالبا حتى لو كانت
المدة اقل مما يتمكن من الزراعة او اكثر من قدر ما يعيش اليه احدهما مثل مائتى سنة قال
في قاضيخان ان دفع ارضه مزارعة ولم يذكر الوقت قال في الكتاب لا تصح المزارعة لان المزارعة
اجارة فان البذر لو كان من قبل صاحب الارض كانت المزارعة استيجارا للعامل وان كان
البذر من قبل العامل وهى استيجار للارض ولهذا لو قال لغيره ولهذا قال لغيره استاجرتك
لتزرع ارضى هذه ببذرى على ان يكون الخارج بيننا نصفان كانت مزارعة وكذا لو قال
العامل ذلك لصاحب الارض والمنافع لا يصير معلومة الا ببيان الوقت وقال مشايخ بلخ
لا يشترط بيان المدة ويكون المزارعة على اول السنة يعنى على اول زرع ويكون في تلك السنة
واختاره محمد بن سلمة قال والفتوى في بيان الوقت على جواب الكتاب يعنى لزومه
وبيان رب البذر وهو الشرط الرابع وهذا لان المعقود عليه وهو منافع العامل او منافع
الارض لا يعرف الا ببيان من عليه البذر لانه المستاجر فبيانه يعرف ما وقع عليه عقد الاجارة من منافع
الارض او منافع العامل بيانه ان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض كانت المزارعة استيجارا
للعامل وان كان البذر من قبل العامل كانت المزارعة استيجارا للارض فكان المعقود عليه مجهولا
واحكامهما مختلفة ايضا فان العقد في حق من لا بذر منه يكون لازما في الحال وفي حق صاحب البذر
لا يكون لازما قبل القاء البذر ولهذا لو دفع الى رجل ارضا وبذرا مزارعة جائزة ثم ان رب الارض
اخذ الارض والبذر وزرعها بنفسه كان ذلك نقضا للمزارعة ولا يكون اعانة له لعدم كونه
لازما في حقه قبل القاء بذره هذا جواب ظاهر الرواية وقال الفقيه ابو بكر البلخى لا يشترط بيان

بيان رب البذر بل يحكم فيه العرف فان كان في موضع يكون البذر من قبل العامل ومن
قبل صاحب الارض يعتبر فيه عرفهم ويجعل البذر على من كان البذر عليه في عرفهم ان كان
العرف مستمرا وان كان مشتركا لا تصح المزارعة ثم هذا اذا لم يذكر لفظا يعلم به صاحب البذر
فان ذكر لفظا يدل عليه بان قال صاحب الارض دفعت اليك الارض لتزرعها لى او قال استاجرتك
لتعمل فيها بنصف الخارج يكون بيانا ان البذر من قبل صاحب الارض وان قال لتزرعها
لنفسك كان بيانا ان البذر من قبل العامل كذا في قاضيخان وجنسه اى شرط بيان
جنس البذر وهو الشرط الخامس لان الاجرة منه فلا بد من بيان جنس الاجرة لان الاجارة
لا تصح عند جهالة الاجرة ولان بعض الزرع يضر بالارض فلا بد من بيانه قيد بجنس البذر
لان بيان مقدار البذر لا يشترط لان ذلك يعلم باعلام الارض ثم ان لم يبينا جنس البذر
فان كان البذر من قبل صاحب الارض جاز لان في حقه المزارعة لا يتاكد قبل القاء البذر
وعند القاء البذر يصير الاجر معلوما والاعلام عند التاكد يكون بمنزلة الاعلام وقت
العقد كما لو استاجر دابة للركوب ولم يبين الراكب او للحمل ولم يبين الحمل لا يصح
الاجارة ثم ينقلب جائزا عند الركوب والحمل وان كان البذر من قبل العامل ولم يبينا جنس
البذر كانت المزارعة فاسدة لانها لازمة في حق صاحب الارض قبل القاء البذر فلا يجوز
الا اذا فوض الامر الى العامل على وجه العموم بان قال له رب الارض على ان تزرعها ما بدا لك
او ما بدا لى لانه لما فوض الامر اليه فقد رضى بالضرر وان لم يفوض الامر اليه على وجه العموم
وكان البذر من قبل العامل ولم يبينا جنس البذر فسدت المزارعة ثم اذا زرعها شيئا
تنقلب جائزة لانه لما خلى بينه وبين الارض وتركها في يده حتى القى البذر فقد تحمل
الضرر فيزول المفسد فيجوز كما في مسئلة استيجار الدابة للركوب او الحمل كما تقدم
اطلق الجنس فشمل البيان من جنس واحد ومن جنسين ومن اجناس مختلفة
وصورة الاول ظاهرة وفي صورة الثانى والثالث تفصيل ذكره في قاضيخان حيث
قال فيه وصورة ذلك رجل دفع الى رجل ارضا على ان يزرعها ببذره سنة هذه
على انه ان زرعها حنطة فالخارج بينهما نصفان وان زرعها شعيرا فلصاحب

الارض ثلث وان زرعها سمسما فلصاحب الارض ربعه جاز ذلك على ما شرطا لان المزارعة
في حق صاحب البذر يتاكد عند القاء البذر وعند ذلك البذر معلوم ولو زرع بعضها حنطة
وبعضها شعيرا وبعضها سمسما جاز ايضا على ما شرطا في كل نوع وكذا لو دفع الى رجل ارضا
ثلاثين سنة على ان ما زرع فيها من حنطة او شعير او شيء من غلة الصيف والشتاء فهو
بينهما نصفان وما غرس فيها من شجر او كرم او نخل فهو بينهما اثلاثا لصاحب الارض
ثلثه وللعامل ثلثا فهو جائز على ما شرطا سواء زرع الكل على احد نوعين او زرع بعضها
او جعل بعضها كرما فهو جائز ايضا في ظاهر الرواية ولو وقع ارضا مزارعة على ان يزرعها
ببذره وبقره على ان يزرع بعضها حنطة وبعضها شعيرا وبعضها سمسما فما
زرع فيها حنطة فهو بينهما نصفان وما زرع فيها شعيرا فلرب الارض ثلثه وما
زرع فيها سمسما فلرب الارض ثلثاه فهو فاسد كله بخلاف ما تقدم لان ههنا نص
على التبعيض فقال على ان يزرع بعضها حنطة وبعضها شعيرا فههنا ليس له ان يزرع
كلها احد الاصناف الثلاثة وانما يزرع كل نوع في بعض الارض وذلك البعض مجهول
في الحال وعند القاء البذر في الارض ايضا لانه اذا زرع بعضها حنطة لا يدري ماذا
يزرع في ناحية اخرى وليس عليه ان يزرع فكان العقد فاسدا واذا فسد العقد كان
الخارج كله لصاحب البذر وكذا لو قال خذ هذه الارض على ان ما زرعت فيها حنطة فالخارج
بيننا نصفان وما زرعت فيها شعيرا فلي ثلثه ولك ثلثاه وما زرعت فيها سمسما
فلي ثلثاه ولك ثلثه فهو فاسد ايضا في ظاهر الرواية لما قلنا وتفصيل باقي ما يتعلق
بهذا الشرط مذكور في قاضيخان ونصيب الاخر اي شرط ايضا بيان نصيب الاخر اعني من
لا بذر من جهته وهو الشرط السادس لانه اجرة اما الارض ولعمله فلا بد ان يكون معلوما
والتخلية اي شرط التخلية وهو الشرط السابع بين الارض والعامل لان بالتخلية بينهما
يتمكن من العمل كما في المضاربة فكل ما يمنع التخلية كاشتراط عمل صاحب الارض مع العامل يمنع
جواز المزارعة والتخلية ان يقول صاحب الارض للعامل سلمت اليك الارض ومن التخلية
ايضا ان تكون الارض فارغة عند العقد فان كان فيها زرع قد نبت يجوز العقد ويكون

ويكون معاملة ولا يكون مزارعة وان كان فيها زرع قد ادرك لا يجوز العقد لان الزرع بعد
الادراك لا يحتاج الى العمل فكما تعذر تجويز هذا العقد مزارعة تعذر تجويزه معاملة ايضا
وينبغي ان يكون العامل عارفا للارض لانه اذا لم يعلم والاراضي متفاوتة لا يصير العمل معلوما
فيفسد العقد وان شرط مع العامل عمل عبد العامل جاز العقد على كل حال كما لو شرطا
على العامل البقر وان شرطا مع العامل عمل عبد صاحب الارض على ان يكون للعامل ثلث الخارج
ان كان البذر من قبل صاحب الارض يجوز العقد ويكون للعامل ثلث الخارج لان البذر اذا كان
من قبل صاحب الارض كان اشتراط عمل عبده بمنزلة اشتراط البقر على صاحب الارض واشتراط
البقر على صاحب الارض جائز اذا كان البذر منه فكذا اذا شرط عمل عبد صاحب الارض
ويكون المشروط للعبد لمولاه ان لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فكذلك في قول ابي يوسف
ومحمد وفي قياس قول ابي حنيفة المولى من كسب عبده المديون بمنزلة الاجنبي فكانه دفع
الارض والبذر مزارعة الى عاملين على ان يكون لكل واحد منهما ثلث الخارج وان كان
البذر من قبل العامل وشرطا بعمل عبد صاحب الارض مع العامل لا يجوز كما لو شرطا البقر
على صاحب الارض من قبل العامل كان فاسدا كذا في قاضيخان والشركة اي وشرطت
الشركة وهو الشرط الثامن في الخارج لانه هو المقصود من المزارعة فتنعقد اجارة
في الابتداء وتتم شركة في الانتهاء واذا شرطت الشركة في الخارج فتفسد المزارعة
بكل ما يقطع الشركة في الخارج مثل ان شرط لاحدهما اي لاحد العاقدين من رب الارض
والعامل قفزان جمع قفيز مثل اقفزة معينة اي مسماة من الخارج او مثل ان شرط
لاحدهما ان ما يخرج من موضع معين من الارض كالماذيانات قال في المغرب
الماذيانات جمع الماذيان وهو اصغر من النهر واعظم من الجدول فارسي معرب
وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يستقى منه الارض انتهى والسواقي جمع الساقية
وهي فوق الجدول ودون النهر كذا في المغرب والحاصل انهما لو شرطا ان ما يخرج
في هذه الناحية من الارض لاحدهما والباقي للاخر تفسد لفقد الشرط المذكور
لاحتمال ان لا يخرج الا من ذلك الموضع فينقطع الشركة في الخارج او شرطا ان يرفع

صاحب البذر قدر البذر والخراج ويقسم ما بقي من ايهما كان البذر لاحتمال ان لا يخرج
من الارض الا ذلك المقدار فينقطع الشركة والمراد بالخراج هنا الخراج الموظف وهو ما
وظفه الامام عليهم كل سنة بقدر ما تطيق به ارضهم لا خراج مقاسمة وهو ان
يشترط بعض ما يخرج كالنصف والثلث والربع ونحو ذلك مما كان جزء شايعا في الخارج
فان اشتراطه جائز لعدم افضائه الى قطع الشركة كما لو شرطا رفع العشر وقسمة الباقي
والارض عشرية او شرط رب البذر عشر الخارج لنفسه او للاخر والباقي بينهما فانه
جائز لانه مشاع في الخارج فلا يفضي الى قطع الشركة فان ما من قدر يخرجه الارض اذا
رفع منه عشره او نصفه او ثلثه بقي بعد ذلك شيء يكون بينهما فيجوز لعدم انقطاع
الشركة او شرطا ان يكون التبن لاحدهما والحب للاخر لانه شرط مخالف لمقتضى العقد
لانه يفضي الى قطع الشركة اذ ربما يصيبه آفة فلا ينعقد الحب فلا يخرج الا التبن
او يكون الحب بينهما والتبن لغير رب البذر لما ذكرناه ايضا لانه يفضي الى قطع
الشرط ايضا فيما هو المقصود وهو الحب وان شرط كون الحب بينهما والتبن
لرب البذر او شرط دفع العشر صحت في الصورتين اما في الصورة الاولى فلانه شرط
يقتضيه العقد لان مقتضاه ان يكون الحب بينهما والحب لصاحب البذر حتى لو سكتا
عن ذكر التبن يكون التبن لصاحب البذر واما في الصورة الثانية فلانه شرط لا ينقطع
به الشركة كما ذكرناه من قبل وان لم يتعرض التبن اي لو شرطا الحب بينهما نصفين
وسكتا عن ذكر التبن فهو اي التبن بينهما وقيل لرب البذر اي صحت المزارعة في هذه
الصورة لانهما شرطا الشركة فيما هو المقصود منها وهو الحب والتبن يكون بينهما ايضا
عند بعض المشايخ لانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل وهو اختيار مشايخ بلخ
وقال غيرهما انه لصاحب البذر لانه نماء بذره وفي حقه لا يحتاج الى الشرط واعلم ان ما ذكره
المص في مسئلة اشتراط التبن وعدم اشتراطه خمس صور ثلثة منها فاسدة واثنان
جائزتان كما ترى وهكذا ذكره في الهداية وقد جعل في قاضيخان الصور الفاسدة ستا
وجعل السادسة منها ما اذا شرطا ان يكون التبن بينهما وسكتا عن الحب وعلل

وعلل فساد هذه الصورة بانه شرط يؤدي الى قطع الشركة في المقصود لاحتمال ان
يحصل احدهما دون الاخر وهذه عكس الصورة الخامسة التي ذكرها المص ولم يذكرها
المص اكتفاء بذكر عكسه ثم الصورة التي ذكرها المص اولا وثالثا يشتمل كل واحد منهما
على صورتين فيكون المذكور في كلام المص صريحا خمس صور من الفاسدة وثنتين من
الصحيحة فبلغ سبعا واكتفى عن الثامنة بعكسه واجرة الحصاد معنى الحصاد معروف
والرفاع بالفتح والكسر وهو ان يرفع الزرع الى التذرية والدوس وهو وطئ الزرع
بقوائم الدواب والتذرية وهو تمييز الحب من التبن بالريح عليهما بالحصص لان
العقد تناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما فيجب مؤنته
عليهما بقدر ماليهما كما نفس هذه الاعمال فانها عليهما فان شرطا اي الاجرة
على العامل فسدت المزارعة لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد العاقدين
وهو رب الارض بشرط الحمل او الطحن فيفسد به العقد وكذا لو شرطا الحصاد
والرفاع والدوس والتذرية انفسها على العامل فسدت كما اذا شرطا اجرة هذه
الاشياء والاصل ههنا انهما اذا شرطا على احدهما ما ليس من اعمال المزارعة تفسد
المزارعة وعمل المزارعة ما ينبت وينمي في الخارج وما لا ينبت ولا ينمي ولا يزيد في الخارج
فهو ليس من اعمال المزارعة اذا ثبت هذا الاصل فنقول اذا شرط على احدهما شيئا
من هذه الاشياء او اجرتها فسدت المزارعة في ظاهر الرواية من ايهما كان البذر
وعن ابي يوسف انه يصح وهو الاصح وعليه الفتوى للتعامل فيه اعتبارا بالاستصناع
وهو اختيار مشايخ بلخ وشرطه على رب الارض مفسد اتفاقا لما ذكرناه من انه شرط
لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد العاقدين وانما جوزه ابو يوسف فيما اذا شرط على
العامل للتعامل وليس في رب الارض تعامل فيفسد لكن ذكر في الخلاصة عن ابي يوسف
نقلا عن النوازل جواز هذا الشرط مطلقا سواء كان على العامل او على رب الارض فكان فيه
عن ابي يوسف روايتان في رواية انه يجوز فيما اذا شرط على العامل وفي رواية عنه انه
يجوز مطلقا لكن الظاهر من الهداية ما ذكره المص من انه مفسد بالاتفاق رواية واحدة

فيما كان الشرط على رب الارض وما قبل الادراك اى عمل كان قبل الادراك واعلم ان الاعمال
ثلاثة منها ما كان قبل ادراك الزرع وهو من اعمال المزارعة كالسقي والحفظ فهو على
المزارع كما ذكره في الكتاب ومنها ما كان بعد الادراك قبل القسمة كالحصاد والدياس والتذرية
والرفاع وهو ليس من اعمال المزارعة وهذا عليهما على الاشتراك ومنها بعد الادراك
وبعد القسمة وهو الحمل الى البيت والطحن وهو ليس من اعمال المزارعة ايضا وهذا
يكون عليهما بقدر حصصهما كذا في العناية والمص ذكر النوع الاول بقوله كالسقي
والحفظ فهو على المزارع وان لم يشترط وان شرط ذلك عليه لا يفسد لانه لا يزيده الا
وكادة قال في قاضيخان الاصل فيه انه اذا شرط في المزارعة على العامل ما يحصل به الخارج او
يتربى كالحفظ والسقي الى ان يدرك الزرع لا يفسد المزارعة لان ذلك يستحق عليه بمطلق
العقد فالشرط لا يزيده الا وكادة وكذا لو شرط على العامل ما لا يخرج الارض بدونه زرعا
معتادا كشرط الكراب لا يفسد العقد وان شرط على العامل ما له اثر في الزيادة على المعتاد
ينظر في ذلك ان كان لا يبقى منفعته بعد انتهاء المزارعة كشرط الكراب لا يلزمه من غير
شرط واذا شرط عليه يلزمه الوفاء به واذا شرط على العامل ما يبقى اثره بعد انقضاء
المدة كما لو شرط على العامل كري الانهار الصغار واصلاح المسنات والشينان
وتفسيره عند بعض ان يرد الارض على صاحبها مكروبة وعند البعض زيادة كراب
لا يحتاج اليه لخروج الزرع المعتاد يفسد العقد سواء كان البذر من العامل او من صاحب
الارض وان شرط على صاحب الارض اصلاح المسنات وكري الانهار وتقريب الماء حتى
يمكنه الشرب جاز سواء كان البذر من العامل او من صاحب الارض لان ذلك من عمارة الارض
فيكون على صاحب الارض بدون الشرط فالشرط لا يزيده الا وكادة انتهى فظهر منه اشتراط
كراب الارض على العامل على الوجهين جائز من ايهما كان البذر واما اشتراطه على رب
الارض ففيه تفصيل ذكره في الخلاصة حيث قال ولو شرط كراب الارض المزارع جاز من ايهما
كان البذر ولو شرطه على رب الارض ان كان البذر من قبل المزارع فالمزارعة فاسدة
كما لو شرط الحفظ على رب الارض وان كان البذر من قبل رب الارض ان لو بين للكراب وقتا

وقتا فسدت لجهالة وقت المزارعة لان التسليم بعده يقع وان بين وقته جاز لان المزارع
يقبلها مكروبة والمزارعة يقع من ذلك الوقت وهو معلوم وعمل رب الارض من قبله ولو لكن
شرط عمله في المزارعة بخلاف ما اذا كان البذر من قبل المزارع لانه يجبر على التسليم من حين
عقد فيقع شرط عمله بعده في حال الشركة فلا يجوز هكذا ذكر هذه المسئلة ثم قال
ولو شرط في المزارعة على احدهما القاء السرقين ان شرط على المزارع فالمزارعة فاسدة
من ايهما كان البذر والخارج كله للمزارع ان كان البذر منه وعليه اجر مثل الارض ولا يغرم رب
الارض شيئا للمزارع من قيمة السرقين الذي طرح في الارض وان كان البذر من رب الارض
فالخارج له وعليه اجر مثل عمل المزارع في ارضه وقيمة ما طرح من السرقين وان شرط السرقين
على رب الارض ان كان البذر من المزارع فالمزارعة فاسدة والخارج للمزارع وعليه اجر
مثل الارض وقيمة السرقين وان كان البذر من رب الارض فالمزارعة جائزة وان شرط
القاء السرقين رب الارض قالوا ان شرط على المزارع جاز من ايهما كان البذر وان
شرط على رب الارض ان كان البذر من العامل لا يجوز وان كان البذر من رب الارض يجوز
ولو شرطا ان لا يبسرقنها احدهما فالمزارعة جائزة على ايهما شرط والبذر من المزارع
او من رب الارض ولو شرط الدولاب او الدالية على المزارع يجوز مطلقا كاشتراط
البقر عليه ولو شرط على رب الارض ان كان البذر منه يجوز ايضا وان كان من المزارع لا يجوز
ولو شرط العلف مع الدابة على المزارع جاز من ايهما كان البذر وعلى رب الارض
ان كان البذر منه جاز وان كان من المزارع لا يجوز واذا كان البذر والارض لاحدهما
والعمل والبقر وسائر الالات للآخر هذا شروع في انواع المزارعة على قول من
يجوزها وهي على ما ذكره ستة ثلاثة منها جائزة وثلاثة منها فاسدة اما الثلاثة
الجائزة احدها هذه وانما جازت هذه لان صاحب الارض يصير مستاجرا العامل
ليعمل العامل ببقره لصاحب الارض والبذر والثاني ما ذكره بقوله او والارض لاحدهما
والبقية اي البذر والعمل والبقر والالات للآخر وانما جاز هذا اذا شرط لصاحب
الارض شيئا معلوما من الخارج لان صاحب البذر ح يكون مستاجرا الارض بشيء معلوم

من الخارج فيجوز والثالث ما ذكره بقوله او العمل لاحدهما والبقية للاخر لان صاحب
الارض يكون مستاجرا العامل بشئ معلوم من الخارج ليعمل في ارضه ببقره وبذره
فيجوز صحت اى كل من الصور الثلاث لما ذكرناه ولما ذكر الصور الثلاث الصحيحة
شرع في بيان الصور الثلاث الفاسدة الاولى منها ما ذكره بقوله وان كانت الارض
والبقر لاحدهما والبذر والعمل للاخر بطلت لان صاحب البذر يصير مستاجرا الارض
والبقر بشئ معلوم من الخارج فيفسد بخلاف ما لو كان صاحب البذر مستاجرا
الارض فقط بشئ معلوم من الخارج دون البقر فانه جائز كما تقدم هذا جواب
ظاهر الرواية وعن ابى يوسف انه يجوز ايضا لمكان العرف فيه قال في قاضيخان
والفتوى على ظاهر الرواية لان منفعة الارض لا تجانس منفعة البقر فان منفعة الارض
انبات البذر لقوة في طبعها ومنفعة البقر العمل فاذا لم يكن منفعة البقر من جنس
منفعة الارض لا يكون البقر تبعا للارض فيبقى استيجار البقر مقصودا بشئ من الخارج
وذلك فاسد كما لو كان البقر فقط والباقى للاخر وكذا اى بطلت لو كان البذر والبقر
لاحدهما والارض والعمل والات العمل للاخر او البذر لاحدهما والباقى للاخر اما في هذه
الصورة فلان البذر فقط اذا كان لاحدهما يكون صاحب البذر مستاجرا الارض
فلا بد من التخلية بينه وبين الارض والارض بها في يد العامل اعنى صاحب الارض لا في
يد المستاجر اعنى صاحب البذر وهذا هو وجه الفساد في الصورة الثانية ايضا
واعلم ان من الصور الفاسدة ما اذا كان البقر فقط لاحدهما والباقى كما ذكرناه في
اثناء الشرح وبه صرح في قاضيخان والخلاصة ولم يذكره المص نعم هذه الصور
كلها اذا كان الارض لاحدهما والبذر لاحدهما فان كانت الارض لاحدهما وشرطا ان يكون
البذر منهما ان شرطا العمل على غير صاحب الارض وشرطا ان يكون الخارج بينهما
نصفين كانت فاسدة لان صاحب الارض يصير قائلا للعامل ازرع ارضى ببذرى
على ان يكون الخارج كله لى وازرع ارضى ببذرك على ان يكون الخارج كله لك
كان فاسدا لان هذه مزارعة بجميع الخارج بشرط اعارة نصف الارض من العامل

من العامل وكذا لو شرطا ان يكون الخارج بينهما اثلاثا ثلثاه للعامل وثلثه لصاحب
الارض او على العكس كان فاسدا لان فيه اعارة الارض واذا فسدت المزارعة
كان الخارج بينهما على قدر بذرهما وسلم لصاحب الارض ما اخذه من الخارج لانه نماء
ملكه حصل في ارضه وله على الاخر اجر نصف الارض لان الاخر استوفى منفعة ارضه
بعقد فاسد وما اخذ من الخارج يطيب له مقدار بذره ويدفع من الباقى اجر نصف
الارض ولو كانت الارض لاحدهما والبذر منهما وشرطا العمل عليهما على ان يكون
الخارج بينهما نصفين جاز لان كل واحد منهما عامل في نصف الارض ببذره فكانت
هذه اعارة نصف الارض لا بشرط العمل له فيجوز بخلاف الاول كذا في قاضيخان
وهذا كله من الصورة الفاسدة والصحيح مما ذكره المص ومما ذكره قاضيخان فيما
اذا كان الارض لاحدهما واما اذا كان الارض لهما ففيه تفصيل ذكره في قاضيخان ايضا
حيث قال ولو كانت الارض بينهما وشرطا ان يكون البذر والعمل من احدهما
والخارج بينهما نصفان لا يجوز لان من لا بذر منه يكون قائلا للاخر ازرع
ارضك ببذرك على ان يكون الخارج كله لك وازرع ارضى ببذرك على ان يكون
الخارج كله فكان العقد في حقه مزارعة بجميع الخارج فلا يجوز ولو كان
البذر من الدافع والعمل على الاخر والخارج بينهما نصفان لا يجوز ايضا وتفصيله
في قاضيخان واذا صحت المزارعة كما في الصور الثلاث المذكورة فالخارج على الشرط
لان الالتزام صحيح والمسلم على شروطه وان لم يخرج شئ فلا شئ للعامل لانها
ان كانت اجارة فالواجب في العقد الصحيح المسمى وهو معدوم هنا وان كانت
شركة فالشركة في الخارج لا في غيره ولا خارج بخلاف ما اذا فسد العقد كما سيصرح به
ومن ابى عن المضى بعد العقد اجبر الا رب البذر يعنى اذا عقدت المزارعة عقدا
صحيحا فامتنع احدهما عن المضى فان كان الممتنع عن العمل هو الذى ليس من قبله البذر
اجبره الحاكم على العمل بموجب العقد لان الوفاء به ممكن بلا ضرر يلحقه فلزم العقد
كما يلزم في سائر الاجارات الا اذا كان امتناعه بعذر انفسخ به الاجارة فيفسخ به المزارعة

وان كان الممتنع هو رب البذر فله ذلك لانه لا يتوصل الى الوفاء بالعقد الا بمضيه وموجبه
الا باتلاف ماله وهو البذر وفيه ضرر يلزمه فلا يجبر على ذلك كما اذا استاجر اجيرا
ليهدم داره ثم امتنع والاصل ههنا ان المزارعة لازمة من قبل من لا بذر منه حتى
لا يملك الفسخ الا بعذر وغير لازمة من قبل من له بذر قبل القاء البذر في الارض حتى يملك
الفسخ من غير عذر لان فيه اتلاف ماله فلا يجبر عليه وان فسدت المزارعة فالخارج
لرب البذر لانه نماء ملكه وهو البذر وللاخر اجر مثل عمله او ارضه سواء اخرج
الارض شيئا او لم يخرج لان اجر المثل في الذمة والذمة لا تفوت بعدم الخارج ثم
ان كان البذر من قبل العامل فلرب الارض اجر مثل ارضه وان كان من قبل رب الارض
فللعامل اجر مثل عمله ولا يزاد اجر المثل على ما شرط في العقد عند ابي حنيفة وابي يوسف
خلافا لمحمد قال له اجر مثل عمله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد
فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها ولهما انه قد رضي بسقوط الزيادة على المسمى ولزوم
اجر مثل الارض على هذا الخلاف ايضا قالا لا يزاد على ما شرط وقال محمد يزاد كذا في
العناية وان فسدت المزارعة لكون الارض والبقر فقط لاحد وفي العمل والبذر لاحدهما
لزم اجر مثلهما هو الصحيح يعني لو كان الارض والبقر لاحدهما والباقي للاخر حتى
فسدت المزارعة لزم اجر مثل الارض والبقر على العامل وهو صاحب البذر لان البقر
له مدخل في المزارعة فينعقد المزارعة عليه فاسدا فيجب اجر مثله قال محمد في الاصل
وكما يجب اجر مثل الارض في المزارعة الفاسدة يجب اجر مثل البقر ايضا وقال صاحب الخلاصة
في اول المزارعة ومراده من قوله يجب اجر مثل الارض والبقر انه يجب اجر مثل الارض
مكروبة اما البقر فلا يجوز ان يستحق بعقد المزارعة انتهى فالمصنف اشار بقوله
هو الصحيح الى رد ما في الخلاصة ووجه الرد ما ذكرناه واذا فسدت المزارعة والبذر
لرب الارض فالخارج كله حلال له اي لرب البذر وهو رب الارض لانه نماء ملكه حصل في
ارضه فيحل له وان كان البذر للعامل تصدق بما فضل عن قدر بذره واجرة الارض
وما انفق عليه ايضا يعني ياخذ من الخارج قدر بذره وقدر اجرة الارض وقدر ما انفق

انفق عليه ويعطي من الماخوذ اجرة الارض ويتصدق ما فضل من قدر البذر واجرة
الارض والنفقة لان الزيادة حصلت له من ارض الغير بعقد فاسد فلا يطيب له
واذا فسدت المزارعة والبذر لاحدهما والعمل والبقر والارض للاخر فالخارج لصاحب
البذر وللعامل اجر المثل بعمله وبقره وارضه واذا ابى رب البذر وهو رب الارض
عن المضي بموجب العقد وقد كرب العامل الارض فلا شيء له اي للعامل حكما
اي قضاء لان الماتي به مجرد المنفعة وهي لا تتقوم الا بالعقد والعقد قومه بجزء
من الخارج وقد فات ذلك الجزء بالاباء ويسترضي صاحب الارض الذي البذر منه
ديانة لانه غره في الاستعمال وتبطل المزارعة بموت احدهما اذا عقدا لانفسهما
لانها عقد فيه معنى الاجارة فكما تبطل الاجارة بموت احد العاقدين على ما مر في الاجارة
فكذا تبطل المزارعة ايضا قالوا هذا على اطلاقه هو جواب القياس وفي الاستحسان
اذا مات احدهما وقد نبت الزرع يبقى عقد الاجارة حتى يستحصد ذلك الزرع ثم
تبطل العقد في الباقي من المدة لان في ابقاء العقد الى الحصاد مراعاة الحقين فيعمل
العامل وورثته على حاله فاذا حصد يقسم على ما شرطا وبعد الحصاد لا ضرورة
في الباقي فتبطل فلو مات رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار
انتقضت المزارعة لانه ليس في ذلك اتلاف مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة
عمله لان عمله انما يتقوم بالعقد والعقد تقومه بالخارج ولا خارج هنا فلا يجب
شيء بخلاف المسئلة الاولى فانه يفتي فيها بالارضاء لانه غره على ما تقدم ولم يوجد
التغرير هنا لان الموت يأتي بلا صنع منه ويفسخ بالاعذار كالاجارة الظاهر
انها قيد لكل من الموت والفسخ فان الاجارة تبطل بالموت وتفسخ بالاعذار كما تقدم
فبين العذر بقوله فتفسخ اي المزارعة ان لزم رب الارض دين محوج الى بيع الارض
قبل نبات الزرع لان الدين عذر كما في الاجارة فتفسخ وتباع للدين قبل النبات لا بعده
ما لم يحصد لما ذكرناه في المسئلة الاولى من ان في بقاء العقد بعد الزرع الى الحصاد مراعاة
الحقين ما امكن وفي البيع ابطال حق المزارع من كل وجه ولا شيء للعامل لعمله ان كان

كرب الارض او حفر النهر لما ذكرناه في المسئلة الاولى وان تمت مدتها اي مدة المزارعة
قبل ادراك الزرع فعلى العامل اجر مثل حصته من الارض حتى يدرك الزرع لان العقد قد
انتهى بمضي المدة ولو قلع الزرع لتضرر فبقيناه باجر المثل الى الحصاد فيجب على غير
صاحب الارض حصته من اجر المثل لانه استوفى منفعة ارض الغير بدون عقد ونفقة
الزرع عليهما بقدر حصتهما لان الخارج ملكهما فالمؤنة فيه عليهما كاجرة الحصاد والرفاع
والدوس كما تقدم وايهما انفق بغير اذن الاخر ولا امر قاض فهو متبرع لانه لا ولاية
له عليه ولا هو مضطر الى ذلك لانه يمكنه ان ينفق بامر القاضي فصار نظير ترميم الدار المشتركة
وليس لرب الارض اخذ الزرع بقلا لان فيه ضررا للمزارع وان اراد المزارع ذلك اي الاخذ
بقلا قيل لرب الارض اقلع الزرع ليكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت
على الزرع وارجع في حصته دفعا للضرر عنه يعني لو اراد المزارع ذلك فرب الارض مخير
بين الخيارات الثلاث دفعا للضرر عنه ولو مات رب الارض والزرع بقل فعلى العامل
العمل الى ان يدرك استحسانا لبقاء العقد كما تقدم وان مات العامل فقال وارثه انا
اعمل الى ان يستحصد فله ذلك لانه قائم مقام مورثه فله ذلك وفيه نظير لما ايضا
وان وصلية ابى رب الارض لان فيه ضررا على الوارث فلا يلتفت اليه وان ابى الوارث
عن العمل فلا يجبر على العمل لانا بقينا العقد نظرا له واذا ترك النظر لنفسه كان
له ذلك

كتاب المساقات

هي دفع الشجر ونحوه مما سيأتي ذكره
الى من يصلحه بجزء من ثمره هذا معناها الشرعي وهي بعينه معناها اللغوي ايضا لانها
في لغة اهل المدينة هي المعاملة وهي اي المساقات كالمزارعة حكما قال في الخلاصة اما بيان
حكم المزارعة فيقول حكمها ثبوت الملك في منفعة الارض اذا كان البذر من جهة الزارع
والشركة في الخارج انتهى فقس عليه حكم المساقات فما في شرح المجمع من ان المراد بالحكم
ههنا كون الفتوى على صحتها كما في المزارعة ليس بشيء وخلافا بين ابي ح وصاحبيه كما في
المزارعة وشروطا يعني شروط المساقات عندهما هي شروط المزارعة المذكورة فيما سبق
الا المدة فانها اي المساقات تصح بلا ذكرها اي ذكر المدة يعني لا يشترط فيها بيان المدة

المدة استحسانا لان وقت ادراك الثمر معلوم وقبل ما يتفاوت فيه فيدخل فيه ما هو المتيقن
بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف وانتهاؤه يبتني عليه فيدخل فيها الجهالة الفاحشة
قال في الزيلعي وشروطها عندهما شروط المزارعة في جميع ما ذكر الا في اربعة اشياء احدها
اذا امتنع احدهما يجبر عليه لانه لا ضرر عليه في المضي بخلاف المزارعة حيث لا يجبر صاحب البذر
اذا امتنع والثاني اذا انقضت المدة يترك بلا اجر ويعمل بلا اجر وفي المزارعة باجر والثالث
اذا استحق النخل يرجع العامل باجر مثله والمزارع بقيمة الزرع والرابع في بيان المدة
فانه اذا لم يبين فيها المدة يجوز استحسانا ولا يجوز المزارعة ولم يستثن المص الثلاثة
الاول من الشرط لانه لم يعدها من شروط المزارعة وعلى ما ذكره الزيلعي بقي شيء ينبغي
استثناؤه ايضا وهو ما ذكره في الخلاصة حيث قال المعاملة لازمة من الجانبين
حتى لو اراد احدهما السفر ليس له الفسخ الا بعذر والمزارعة لازمة من قبل من له البذر
قبل القاء البذر في الارض وتقع على اول ثمرة تخرج في اول السنة لانه معلوم والتفاوت
فيه قليل فيقع العقد عليه بخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد نبت ولم يثمر بعد
بطريق المساقات حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانها تتفاوت بقوة الاراضي وضعفها
تفاوتا فاحشا فلا يمكن صرفه الى اول ثمر يخرج منه وبخلاف ما اذا دفع اليه نخيلا
او اصول رطبة على ان يقوم عليها حتى يذهب اصولها لانه لا يعرف متى ينقطع النخيل
والرطاب لان الرطبة تنمو ما دامت مركبة في الارض فتكون المدة مجهولة فتفسد المساقات
وكذا تفسد اذا اطلق في الرطبة ولم يزد على قوله حتى يذهب بخلاف ما اذا اطلق
في النخيل فانه يجوز وينصرف الى اول ثمر يخرج والفرق ان الادراك ثمر النخيل وقتا
معلوما ولا يعرف في الرطبة اول جز منه لانه لا يعرف متى يخرج حتى لو كان معروفا
جاز هذا ايضا لعدم الجهالة وفي الرطبة تقع على ادراك بزرها البزر بالزاي
المعجمة مختص بالبقول والرياحين على المشهور في الاستعمال واما البذر بالذال
المعجمة فهو المبذور في الارض من الحبوب مطلقا وقال بعضهم هو مختص بالحنطة
والشعير كذا في المصباح وصورة المسئلة ههنا اذا دفع رطبة قد انتهى جزازها

على ان يقوم المدفوع اليه على حفظها وسقيها حتى يخرج بزرها على ما رزق الله فى ذلك
من بزر فهو بيننا نصفان ولم يسميا وقتا له فهو جائز استحسانا للتعامل لان
لادراك البزر وقتا معلوما عند المزارعين والبزر يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة
فى البزر بطريق المساقات جائز فيكون الرطبة لصاحبها اذ لا اثر لعمل العامل فيها والبزر
على ما شرطا كثمر الشجر حتى لو شرطا بنصف الرطبة فسدت المساقات لاشتراطهما
الشركة فيما هو حاصل قبل المساقات بدون عمل العامل كما فى الشجر الحاصل بدون عمل العامل
لان الاصل فى هذا الباب ان المعاملة متى عقدت على ما هو فى حد النمو والزيادة صحت
واذا عقدت على ما تناهى عظمه وصار بحال لا يزيد فى نفسه بسبب عمل لا تصح حتى
لو زرع ارضه ونبت الزرع الا انه لم يتناهى فدفع الى غيره معاملة حتى يرتبه العامل
ويسقيه ويحفظه يجوز وان تناهى فدفع الارض مع الزرع المتناهى مزارعة
بالنصف ليحفظه ويحصده لا يجوز ويفسدها اى المساقات ذكر مدة لا يخرج
الثمر فيها كما افسد المزارعة ذكر مدة لا يتمكن فيها الزراعة وانما فسد هذا لانه
فات الشركة بينهما فى الخارج وان احتمل خروجها فى المدة المذكورة وعدمه جازت
موقوفا على ما فى الخلاصة فانه قال وان كانت مدة قد يخرج الثمر فيها وقد لا يخرج
فالمعاملة موقوفة فان خرج الثمر فيها اى فى المدة المضروبة فعلى الشرط اى صحت
المعاملة على ما شرطا وان تاخر عنها اى عن المدة المضروبة فسدت لفوات الشركة
فى الخارج فى المدة المضروبة اطلق المسئلة وهى مقيدة بما فى الخلاصة وهذا اذا
اخرجت شيئا فى المدة المضروبة مما يرغب فى مثله فى المعاملة وان اخرجت شيئا
لا يرغب فى مثله فى المعاملة لا تجوز المعاملة وان لم يخرج النخل شيئا فى تلك المدة
ينظر ان اخرجت بعد مضى تلك المدة فى تلك السنة فالمعاملة فاسدة وان لم
يخرج فى تلك السنة لعلة حدثت بها فالمعاملة جائزة انتهى فظهر منه ان قوله
فان خرج فيها فعلى الشرط ليس على اطلاقه وللعامل اجر مثله اى اذا فسدت المعاملة
فللعامل اجر مثل عمله لانها فى معنى الاجارة كالمزارعة وكذا كل موضع فسدت

المعاملة فيه اى فى موضع يعنى للعامل اجر مثل عمله لما ذكرناه وان لم يخرج
شئ من الثمر لا فى المدة المضروبة ولا بعدها فلا شئ له اى للعامل لان العقد باق
على الصحة لما ذكرناه من الخلاصة فلا يلزمه اجر المثل ولو لم يوجد الخارج فلا شئ له اصلا
وتصح المساقات فى النخل والكرم والشجر والرطاب واصول الباذنجان لاطلاق
الاثر الوارد فى هذا الباب فاذا صحت المعاملة فى هذه الاشياء فلو دفع الى رجل نخلا
معاملة بالنصف فيه طلع ولم يسم وقتا او دفعه بعد ما صار بسرا اخضر او احمر غير انه
لم يتناه عظمه جازت المعاملة لانه فى الزيادة بعد وقد تقرر ان المعاملة متى عقدت
على ما هو فى حد النمو والزيادة صحت واذا عقدت على ما تناهى عظمه وصار بحيث لا يزيد
فى نفسه بسبب عمل العامل لا تصح المعاملة لان فى الاول يحتاج الى عمل العامل ونهايته
معلومة فصحت وفى الثانى لم يحتج الى عمله فلم تصح فاذا عمل فيه كان له اجر مثله ولو
دفع الى رجل غراس نخل او شجر او كرم وقد علق فى الارض ولم يبلغ الثمر على ان يقوم عليه
ويسقيه ويلقح النخل فما خرج من ذلك فهو بيننا نصفين كانت فاسدة اذا لم يسم
مدة معلومة لان الكرم والنخل والشجر يتفاوت باختلاف قوة الارض وضعفها
لا يدرى فى كم يحمل النخل والشجر والكرم فان بينا لذلك وقتا صح والا فلا ولو دفع
اصول رطبة فى ارض معاملة ولم يسم الوقت يكون فاسدا لان الرطبة ليس لها نهاية
ينتهى اليها بل ما كان فى الارض ينمو ساعة فساعة على مرور الزمان فان كانت رطبة
لنباتها غاية ينتهى اليها ثم يقطع ثم يخرج بعد ذلك جازت المعاملة من غير بيان
الوقت وتكون المعاملة على اول جزء تكون كذا فى قاضيخان وفى تخصيص الرطب
واصول الباذنجان بالذكر اشارة الى انهما من انواع الشجر لان الشجر ما له ساق
ولها ساق ثم اذا صحت المعاملة فى هذه الاشجار فان كان فى الشجر ثمر ان كان
يزيد بالعمل اى بعمل العامل صحت المساقات والا اى وان لم يكن فيه ثمر كذلك فلا
تصح المعاملة لما ذكرناه من ان الاصل فى المعاملة ان تنعقد على ما هو فى حد النمو
والزيادة حتى اثر فيه عمل العامل فكذا فى المزارعة لو دفع ارضا مزارعة فيها بقل

يعني ان كان البقل يزيد بعمل المزارع صحت المزارعة والا بان يستحصد الزرع فلا لما ذكرنا
ايضا وما اى عمل يكون قبل الادراك اى ادراك الثمر في المعاملة كالسقي اى سقي الشجر
والتلقيح وفي المصباح لقحت النخل تلقيحا بمعنى ابرت واللقاح اسم لما يلقح به والحفظ
فعلى العامل لانها من اعمال المعاملة فيكون على العامل وما اى عمل يكون بعده اى بعد الادراك
كالجذاذ اى قطع الاثمار والحفظ فعليهما لانه بعد الادراك ليس من اعمال المعاملة ولو
شرط ما يكون بعد الادراك على العامل فسدت اتفاقا بخلاف المزارعة فان فيها
خلاف ابي يوسف على ما تقدم وتبطل المساقاة بموت احدهما لانها في معنى الاجارة فكما
بطلت الاجارة بطل ما كان بمعناها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه
كما كان يقوم عليه قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا
فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الاخر ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة
الاخر بين ان يقتسموا البسر على الشرط وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين
ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق
الضرر بهم وقد تقدم نظيره في المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه
وان كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب
الارض بين الخيارات الثلاثة التي تقدم وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم
مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون
وراثة في الخيار حتى يرد عليه ان الخيار لا يورث فان ابى ورثة العامل ان يقوموا عليه
كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر
فهذا والاول سواء وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز
استيجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الارض يجوز استيجارها وكذلك العمل كله على
العامل هنا وفي المزارعة في هذا عليهما لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل
لا يستحق عليه العمل وههنا لا اجر فجاز ان يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها كذا في
الهداية اذا عرفت هذا فلنأت شرح الكتاب فان كان خاما اى بسرا عند الموت اى موت

اى موت رب الارض او العامل وتمام المدة اى مدة المعاملة يقوم العامل عند موت
رب الارض وتمام المدة او وارثه اى وارث العامل عند موت العامل عليه اى على العمل
وان وصلية ابى الدافع اى رب الارض او ورثته اى ورثة الدافع عند موت الدافع فان كان
العامل عند موت رب الارض او وارثه اى وارث العامل عند موت العامل صرمه
اى قطعه بسرا خير الاخر اى رب الارض عند موت العامل او وارثه عند موت رب
الارض بين ان يقسموه اى البسر على الشرط او يدفعوا قيمة نصيبه من البسر
او ينفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بذلك اى بما انفقوا في حصة الاخر من الثمر كذا
في الهداية على ما ذكرناه من قبل واستشكله الزيلعي وقال في رجوعهم في حصته اشكال
وكان ينبغي ان يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه
ولهذا لو اختار المضي اعلم يجب صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته
فقط يؤدي الى ان العمل يجب عليهما حتى يستحق المؤنة بحصته فقط وهذا خلف
لانه يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المساقات وهذا الاشكال وارد في
المزارعة ايضا انتهى ولهذا الاشكال اطلق المص قوله ويرجعوا ولم يقيد بحصة
الاخر ثم هذا كله في موت احدهما وان ماتا جميعا فالخيارات الثلاث لورثة العامل
وان ابوا فلورثة رب الارض على ما ذكرناه من قبل كما في المزارعة وقد تقدم في المزارعة
وقد تقدم ايضا ان العامل في المزارعة يقوم باجر وفي المعاملة لا باجر لعدم صحة استيجار
الاشجار وصحة استيجار الارض ولا يفسخ المساقاة بلا عذر لانها عقد لازم من
الجانبين فلا بد لفسخ من العذر ومرض العامل اذا عجز عن العمل عذر وكذا كونه سارقا
يخاف منه على الثمر او السعف وهو اغصان النخل ما دامت بالخوص فاذا زال الخوص
عنها قيل جريد كذا في المصباح الخوص هو ورق النخل ولو دفع فضاء الفضاء بالمد هو
المكان الواسع مدة معلومة اى سنين معلومة لمن يغرس ليكون الارض والشجر
بينهما لا يصح لاشتراط الشركة فيما كان موجودا قبل الشركة لا بعمله وهي الارض
او لانه استاجر اجيرا ليجعل ارضه بستانا بالات الاجير على انه يكون اجرته نصف

البستان الذی یظهر بعمله فیفسد کما اذا استاجر صباغا لیصبغ له ثوبا بصبغ بنفسه
علی ان له نصف المصبوغ والشجر لرب الارض وللغارس قیمة غرسه وعمله لان
العقد فی الشجر لما کان فاسدا وقد غرسه العامل بامره فی ارضه صار کان صاحب الارض
فعل ذلک بنفسه فیصیر قابضا للغرس باتصاله بارضه مستهلکا له بالعلوق فیها
فیجب علیه قیمة الاشجار لاستهلاکه واجر مثل عمله لانه فعله بامره وقد فسد
العقد فلا یلزم المسمی فبقی اجر المثل مستحقا له

کتاب الذبائح

جمع ذبیحة الذبیحة اسم ما یذبح واما قولهم اذا ذبحتم فاحسنوا الذبیحة
فخطأ والصواب الذبحة کذا فی المغرب واما صفة ما یذبح هو الذبیح والمذبوح
والذبح قطع الاوداج جمع الودج بفتح الدال وکسرها مثل سبب واسباب عرق
فی المذبح الذی یقطعه الذابح قال فی الزیلعی والمراد بالاوداج ههنا هو الحلقوم
والمرئ والودجان وانما عبر عنه بالاوداج تغلیبا انتهی وهذا لان المراد بیان الذبح
الشرعی الذی یحل به اکل المذبوح وذلک یحصل بما ذکر علی ما سیاتی بیانه واعلم
ان الذبح علی نوعین اختیاری واضطراری فالاول کالجرح فیما بین الحلق واللبة
کاسباغ والثانی هو الجرح فی ای موضع کان من البدن والثانی کالبدل عن الاول لانه
لا یصار الیه الا عند العجز عن الاول وهذا آیة البدلیة وهذا لان الاول اعمل فی اخراج
الدم والثانی اقصر فیه منه فاکتفی به عند العجز عن الاول اذ التکلیف بحسب
الوسع وسیاتی تفصیله ثم لما کان من شرط حل اکل الذبیحة کون الذابح صاحب ملة
التوحید اعتقادا او ادعاء اشار الی ذلک بقوله وتحل ذبیحة مسلم وهو صاحب
ملة التوحید اعتقادا وکتابی ذمی او حربی وهو صاحب ملة التوحید ادعاء لکن
یشترط فیه ان لا یذکر غیر اسم الله حتی لو ذکر المسیح او عزیرا لا یحل وشرط فی
حق الصید امر آخر وهو ان یکون الذابح حلالا خارج الحرم ولو وصلیة امرأة او
صبیا او مجنونا یعقلان التسمیة والذبیحة علی ما فی الهدایة او کون الحل بالتسمیة
علی ما فی الکرمانی فسر بعضهم المجنون بالمعتوه وعلله بان المجنون لا قصد له ولا بد

من القصد فی الحل لان التسمیة شرط بالنص وهی بالقصد ولا قصد فی المجنون
قلت المراد بالقصد ههنا هو قصد التسمیة عند الذبح لا مطلق القصد وهو متصور
من المجنون قال فی الهدایة ویحل اذا کان الذابح یعقل التسمیة والذبیحة ویضبطه
وان کان صبیا او مجنونا او امرأة اما اذا کان لا یضبط ولا یعقل التسمیة والذبیحة لا تحل
انتهی وفسر فی العنایة قوله ویضبطه بان یعلم شرائط الذبح من فری الاوداج والحلقوم
وفسره فی شرح النقایة بان یقدر علی قطع الاوداج فعلی تفسیر العنایة وجه ترک
المص قید الضبط ظاهر لان قوله یعقلان یغنی عن ذکره او اخرس لانه معذور فی ترک
التسمیة فیقوم ملة التوحید مقامه کالناسی بل اولی کذا قالوا وفی البزازیة تحریک
الشفتین فی حق الاخرس کالذکر او اقلف ای من لم یختن احترز به عن قول ابن عباس
رضی الله عنهما ان ذبیحة الاقلف وشهادته لا یجوز لا ذبیحة وثنی لانه مشرک لا کتاب
ولا ملة له فانعدم التوحید اعتقادا وادعاء فانعدم شرط الحل ومجوسی لما ذکرنا
ولقوله صلی الله علیه وسلم سنوا بهم سنة اهل الکتاب غیر ناکحی نسائهم ولا آکلی ذبائحهم
او مرتد لانه ترک ما کان علیه من الدین ولا یقر علی ما انتقل الیه وان ارتد الی دین اهل
الکتاب فلا ملة له ایضا بخلاف الیهودی اذا تنصر او بالعکس او تنصر المجوسی
او تهود فانه یقر علی ما انتقل الیه من الملة عندنا فیعتبر ما هو علیه بعد الانتقال عند
الذبح فکان له ملة حتی لو تمجس الیهودی او النصرانی لا یحل ذبیحته والمتولد بین الکتابی
والمشرک یعتبر بالکتابی لا بالمشرک لانه یعتبر بالاخف او تارک التسمیة عمدا
لقوله تع ولا تاکلوا مما لم یذکر اسم الله علیه ولقوله صلی الله علیه وسلم لعدی اذا ارسلت
کلبک المعلم وذکرت اسم الله تعالی علیه فکل الحدیث والمسلم والکتابی فیه سواء علی
ما فی الزیلعی والهدایة وذبیحة الصابئ تحل عند ابی ح لکنه مکروه وقال ابو یوسف
ومحمد لا یحل وذکر الکرخی لا خلاف بینهم فی الحقیقة وانما اختلفوا لانهم صنفان
صنف منهم یقرون بنبوة عیسی علیه السلام ویقرؤن الزبور فهم صنف من
النصاری وصنف منهم ینکرون النبوة والکتب اصلا ویعبدون الشمس فهم

كعبدة الاوثان لا تؤكل صيدهم ولا يحل ذبيحتهم فان تركها ناسيا تحل لانه معذور
لقوله صلى الله عليه وسلم رفع عن امتي الخطأ والنسيان وهو مذهب علي وابن عباس
وقال ابن عمر انه يحرم كتارك التسمية عمدا وبه اخذ مالك وعلى هذا الخلاف حملوا
الخلاف حملوا الخلاف بيننا وبين الشافعي من ان ذبيحة تارك التسمية حلال عنده
لان حرمة ذبيحة تارك التسمية عمدا مما اجمع عليه السلف والقول بحله خرق للاجماع
فكيف يتصور عن الشافعي ولهذا قالوا ان متروك التسمية عمدا لا يسوغ فيها
الاجتهاد حتى لو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ قضاه لكونه مخالفا للاجماع ثم
التسمية في ذكاة الاختيار يشترط عند الذبح قاصدا التسمية على الذبيحة ولو
سمى ولم تحضره النية صح لانه اتى بالتسمية وظاهر حاله يدل على انه قصد به التسمية
على الذبيحة فيقع عنها ولو سمى واراد به التسمية لابتداء الفعل كسائر الافعال
لا يحل كمن قال الله اكبر واراد به متابعة المؤذن لا يصير به شارعا في الصلوة
ويشترط عند الذبح لقوله تع فاذكروا اسم الله عليها صواف وهي حالة النحر
والمعتبر ان يذبح عقيب التسمية قبل ان يتبدل المجلس حتى لو تبدل المجلس
بفعل عمل كثير لم يحل وفي الصيد يشترط عند الارسال والرمي لان المقدور له في
الصيد هو الارسال والرمي كما في ذكاة الاختيار الذبح فيشترط عند فعل يقدر عليه
وكره ولا يحرم به الذبيحة ان يذكر مع اسم الله غيره وصلا دون عطف مثل
ان يقول بسم الله محمد رسول الله بالرفع لان الشركة لم توجد لان محمد رسول
الله لم يذكر على سبيل العطف فيكون مبتداء فلا يكون الذبح واقعا له فلا تحرم
الذبيحة الا انه يكره لوجود الوصل صورة بخلاف ما قاله بالخفض فانه لا يحل
على ما ذكره في الزيلعي عن النوازل واعلم ان مسئلة ذكر غير اسم الله مع اسم الله
عند الذبح على ثلاثة اوجه على ما ذكره في الجامع الصغير منها ما يكره ولا يحرم ومنها
ما يحرم ومنها ما لا يحرم ولا يكره فالاول هذه ومن هذا الوجه ما ذكره بقوله وان
يقول بسم الله اللهم تقبل من فلان لان الشركة لم يوجد فيها ايضا ولكنه مكروه لوجود

لوجود الوصل صورة واشار الى ما لا يحرم ولا يكره بقوله فان قاله اي اللهم تقبل
من فلان مثلا قبل الاضجاع او قبل التسمية او بعد الذبح لا يكره لانه صلى الله عليه
وسلم قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك بالوحدانية
ولي بالبلاغ وروي ايضا انه عليه السلام كان يقول اذا اراد ان يذبح اللهم
هذا ولك صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك لك وبذلك
امرت وانا من المسلمين بسم الله الله اكبر ثم ذبح واشار الى ما تحرم بقوله
وان عطف غيره على اسم الله حرمت الذبيحة نحو بسم الله وفلان بالجر
او بسم الله واسم فلان او بسم الله ومحمد رسول الله بالجر فانه يحرم في كلها
لوجود الشركة مع الغير لانه اهل به لغير الله تعالى وقد قال الله تعالى وما اهل به
لغير الله اي عد من المحرمات واشار بقوله بالجر الى انه لو رفع المعطوف على اسم الله
يحل لانه مبتداء واختلفوا في نصب المعطوف قيل لا يحل كما في الجر وقيل يحل لكنه
يكره لوجود الوصل صورة وكذا في الرفع مكروه لذلك وقال في التمرتاشي لو قال
بسم الله ومحمد رسول الله بالجر يكره ولعل مراده بالكراهة كراهة تحريم وقال
في الخلاصة قال بسم الله صلى الله على محمد تحل والاولى ان لا يفعل وكذا لو قال
بسم الله وصلى الله على محمد يحل ولو قال بسم الله بنام فلان قال ابو بكر الاسكاف
يجوز مطلقا وح ولم يظهر الهاء وبسم الله ان قصد ذكر اسم الله تحل وان لم
يقصد وقصد ترك الهاء لا تحل وكذا اي حرمت ان اضجع شاة وسمى لها وذبح
غيرها اي غير تلك الشاة بتلك التسمية وبالسكين الذي كان في يده عند
التسمية على ما في الزيلعي ويدل عليه ايضا قوله وان ذبحها اي الشاة التي هي غير
الشاة الاولى التي وقع عليها التسمية بشفرة اي سكين اخرى اي لم يكن في يده
عند التسمية يعني لو اضجع شاة وسمى فطرح السكين واخذ سكينا اخر فذبحها
به حلت والفرق بينهما على ما ذكره في الزيلعي ان التسمية في الاولى تعلقت
بالسكين وفي الثانية بالمذبوح قال في الخلاصة ولو ذبح تلك الشاة اي الشاة الاولى

ثم ذبح بعدها شاة اخرى فظن ان تلك التسمية تكفي لا تحل ولو نظر الى قطيع من
الغنم فاخذ السكين وسمى ثم اخذ شاة وذبحها بتلك التسمية لا يحل وان رمى
الى الصيد وبيان احوال الصيد ياتي في كتاب الصيد ان شاء الله تعالى وسمى عند
الرمي فاصاب المرمي من السهم او البندقة غيره اي غير المرمي اليه اكل اي حل
اكله لان المشروط في الصيد هو التسمية عند رمي الالة الجارحة او ارسالها لان التكليف
بحسب الوسع وما في وسعه هو الرمي والارسال دون الاصابة فشرط التسمية عند
فعل يقدر عليه وهي تقع على الالة كما انها تقع على الذبيحة في المذبوح لان المقدور ثمه
هو الذبح فشرط التسمية عند الذبح فتقع على المذبوح وان سمى على سهم وترك
ذلك السهم واخذ غيره ورمى بغيره اي بغير السهم المسمى عليه لا يوكل لان التسمية
في الصيد تقع على الالة لا على المذبوح ولما ترك السهم الذي سمى عليه واخذ سهما آخر
ورمى بذلك الاخر صار كانه لم يسم اصلا والارسال الى الصيد كالرمي في اشتراط
التسمية عنده لا عند الاخذ والاصابة اذ لا قدرة له عليه حتى لو ارسل كلبه المعلم او البازي
المعلم الى الصيد وسمى عند الارسال فترك الكلب او البازي ذلك الصيد فاخذ غيره
حلت لتعلق التسمية بالكلب والبازي بخلاف ما لو سمى على كلب او باز وترك
ذلك الكلب او البازي وارسل غيره لا يحل لما ذكرناه والشرط اي شرط التسمية
الذكر الخالص اي المجرد عن ذكر الدعاء لقول ابن مسعود جردوا التسمية عن الدعاء
فلو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه محض دعاء وبالحمد لله وسبحان الله
يحل مريدا به التسمية لانه صح يكون تسمية على الذبح فيحل لا اي لا يحل لو عطس
عند الذبح وحمد له اي للعطس بان قال الحمد لله لانه يريد به الحمد على النعمة دون
التسمية وقيل يحل والاول اصح على ما في الهداية والزيلعي وقال في الزيلعي وما تداولته
الالسن عند الذبح وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن النبي صلى الله عليه
وسلم وعن علي وابن عباس مثله قاله ابن عباس في تفسير قوله فاذكروا اسم الله عليها
صواف وذكر الحلواني ان المستحب ان يقول بسم الله الله اكبر بلا واو ويكره لانه

لانه يقطع فور التسمية انتهى ثم السنة له اي للذبح نحر الابل قال في المصباح النحر
موضع القلادة من الصدر انتهى والمراد به ههنا المعنى المصدري اي قطع العروق
في اسفل العنق عند الصدر على ما فسره الامام قاضيخان وذبح البقر والغنم
وسياتي تفسير الذبح في الكتاب ويكره العكس ويحل اما وجه السنة فيهما فلموافقة
السنة المتوارثة ولاجتماع العروق في المنحر في الابل وفي المذبح في البقر والغنم واما الكراهة
في العكس فلمخالفته السنة لكنه لما كان لمعنى في غيره لم يمنع الجواز والحل ولا باس باكل
الجزور اذا ذبح ذبحا ولم ينحر والشاة والبقر اذا نحرتا ولم تذبحا ويكره ذلك وفي بعض
النسخ لا يستحب كذا في الخلاصة قوله ولا يستحب يشعر بان المراد بالكراهة هي التنزيهية
والذبح شروع في بيان محل الذبح الاختياري بين الحلق قال في المصباح الحلق من
الحيوان جمعه حلوق مثل فلس وفلوس والحلقوم هو الحلق بميم زائدة والحلقوم
بعد الفم وهو موضع النفس وفيه شعب يتشعب منه وهو مجرى الطعام
والشراب انتهى واللبة هو بفتح اللام والباء المشددة المنحر وهو راس الصدر
اي موضع القلادة واعلم ان موضع الذبح الاختياري على ما ذكره القدوري والكنز
والنقاية والمصنف هو بين الحلق واللبة اي ما بين الحلقوم والمنحر قال في الزيلعي وفي
الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله اعلاه واوسطه واسفله والاصل فيه ما روي
انه صلى الله عليه وسلم مناديا ينادي في فجاج منى الا ان الذكاة في الحلق رواه الدار قطني
ولانه مجمع مجرى النفس ومجرى الطعام ومجمع العروق فيحصل بقطعه المقصود على
ابلغ الوجوه وهو انهار الدم والتقييد بالحلق واللبة يفيد انه لو ذبح اعلى من
الحلقوم يحرم لانه ذبح في غير المذبح على ما ذكره في الواقعات وفتاوى سمرقند وذكر
في النهاية ما يخالف مقتضى هذا التقييد عن الامام الرستغفني فانه قال سئل عمن
ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر وكان يجب ان تبقى مما يلي الراس اتوكل
ام لا قال هذا قول العوام من الناس وليس هذا بمعتبر ويجوز اكلها سواء بقيت العقدة
مما يلي الراس او مما يلي الصدر لان المعتبر عندنا قطع اكثر الاوداج وقد وجد ثم حكى

ان شيخه كان يفتي به وهذا مشكل فانه لم يوجد فيه قطع الحلقوم ولا المرئ واصحابنا
رحمهم الله وان اشترطوا قطع الاكثر فلا بد من قطع احدهما عند الكل واذا لم يبق شئ من عقدة
الحلقوم مما يلي الراس لم يحصل قطع واحد منها فلا يؤكل بالاجماع الى هنا كلام الزيلعي اقول
ما ذكر صاحب النهاية عن الامام الرستغفني توافق لفظ الحديث الذي رواه الدارقطني
لانه يقتضي جواز الذبح في الحلق مطلقا وان كان قبل العقدة فوق الحلقوم ويؤيده
ايضا ما روي انه عليه الصلوة والسلام قال الذكاة ما بين اللبة واللحيين فانه ايضا
يقتضي جواز الذبح فوق الحلقوم قبل العقدة لانه وان وقع قبل العقدة فهو بين
اللبة واللحيين وكذا رواية الجامع الصغير كما ذكرناه عن الزيلعي فانه اذا ذبح في اعلى
الحلق لا بد ان يقع العقد من تحت على ما صرح به في البزازية وبه ايضا اخذ في المبسوط
حيث قال فيه الذكاة بين اللبة واللحيين لكنه قال في الذخيرة ان الذبح اذا وقع اعلى
من الحلقوم لا يحل وهذا يؤيد ما ذكره الامام الزيلعي والذي اختاره المص هو الذي ذكره
صاحب النهاية عن الامام الرستغفني على ما سيظهر لك ان على الحلق واسفله او وسطه
هذا على رواية الجامع الصغير فانه قال فيه لا باس بالذبح في الحلق كله اعلاه او وسطه
واسفله وما ذكره اولا من قوله بين الحلق واللبة رواية القدوري واختاره كثير وانما اتى
المص رواية الجامع الصغير بعد رواية القدوري لان في رواية الجامع بيانا ليس في رواية
القدوري لان في رواية القدوري الذبح بين الحلق واللبة وليس بينهما مذبح غيرهما فيحمل
على ما يدل عليه رواية الجامع الصغير من الذبح يجوز في اعلى الحلق واوسطه واسفله وان
بقيت عقدة الحلقوم من طرف الصدر لانه اذا ذبح في اعلى الحلق لا بد ان يبقى العقدة
من تحت بالضرورة كما ذكرناه ويساعده ايضا لفظ الحديث والمبسوط على ما ذكرناه وقيل
لا يجوز الذبح الاختياري فوق العقدة وانما ضعفه لمخالفته لفظ الحديث ورواية الجامع
الصغير والمبسوط والامام الرستغفني لكنه يشكل بما ذكره الزيلعي من انه اذا لم يبق
عقد الحلقوم مما يلي الراس لا يؤكل بالاجماع والعروق التي تقطع في الذكاة الحلقوم
قال في المصباح بعد الفم وهو موضع النفس ومجرى الطعام والشراب وفي المغرب انه

انه مجرى النفس والمرئ قال في المصباح المرئ وزان كريم رأس المعدة والكرش اللازق
للحلقوم يجري فيه الطعام والشراب ومنه يدخل في المعدة وهو مهموز وهكذا في
المغرب ايضا والودجان قال في المصباح الودج بفتح الدال وكسرها عرق في العنق
يقطعه الذابح فلا يبقى معه حيوة ثم قال والودجان عرقان غليظان يكتنفان ثغرة
النحر يمينا ويسارا والجمع اوداج فكانت العروق التي يلزم قطعها في الذبح اربعة ثم
اختلفوا في اشتراط ما يقطع من هذه الاربعة واليه اشار بقوله ويكفي قطع ثلاثة
منها من هذه الاربعة ايما كانت اي سواء كانت الحلقوم والمرئ واحد الودجين
او المرئ والودجان او الحلقوم والودجان هذا قول ابي ح وهو قول ابي يوسف ايضا اولا
وعند محمد لا بد من قطع اكثر كل واحد منها اي من هذه الاربعة وهو رواية عن الامام ابي ح
وقال في الزيلعي اجمعوا انه يكتفي بقطع الاكثر من هذه العروق الاربعة لان الاكثر يقوم
مقام الكل غير ان محمدا اعتبر اكثر كل واحد من هذه الاربعة وهو رواية عن ابي ح لان كل واحد
منها اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر اكثر كل واحد منها
انتهى وعند ابي يوسف لا بد من قطع الحلقوم والمرئ واحد الودجين وقيل محمد معه
ووجهه ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم لانهما مجرى الدم فينوب احدهما
عن الاخر في القطع فلا حاجة الى قطعهما معا ووجه ابي ح ان الاكثر منها يقوم مقام
الكل واي ثلاث منها قطع قطع الاكثر والمقصود يحصل به وهو انهار الدم المسفوح
فلا حاجة الى اشتراط قطع المعين منها وهذه ثلاثة اقوال قول ابي ح وقول محمد وقول
ابي يوسف وههنا وجه رابع وهو قطع الاربعة جميعا وهو قول مالك وقول خامس
وهو قول الشافعي وهو الاكتفاء بقطع الحلقوم والمرئ واحتج بقوله عليه الصلوة
والسلام افري الاوداج بما شئت بانه جمع الاوداج وما ثم الا الودجان فدل على ان المقصود
بهما ما يحصل به زهوق الروح وهو بقطع الحلقوم والمرئ لان الحيوان لا يعيش بعد قطعهما
قلنا ان لفظ الاوداج مما لا دلالة له على الحلقوم والمرئ اصلا فكيف يصح الاكتفاء بهما
ولان المقصود اسالة الدم النجس وهو انما يحصل بقطع مجرى الدم وهو الودجان لا الحلقوم

والمرئ وانما الحلقوم مجرى النفس والمرئ مجرى الطعام والشراب فحملنا الاوداج على العروق
الاربعة كلها تغليبا للودجين على الباقيين واكتفينا بالاكثر لما ذكرناه ويجوز الذبح بكل ما افرى
الاوداج اى قطعها وانهر الدم اى اخرجها فلو ذبح فى مذبحه ولم يسيل الدم اختلفوا فيه قال
الصفار لا يحل وقال الاسكاف يحل وفى النوازل ان تحركت بعد الذبح وخرج دم مسفوح يحل
وان تحرك ولم يخرج او بعكسه يحل ايضا وان عدمنا لا يحل وهذا اذا لم يعلم حياتها وقت
الذبح فان علم حل تحرك او لا خرج الدم او لا كذا فى البزازية وفى شرح الطحاوى خروج الدم لا يدل
على الحيوة الا اذا كان يخرج كما يخرج من الحى ولو وصلية مروة بكسر الميم الحجر الذى فيه حدة
قشر القصب او سنا وظفرا منزوعين عن محالهما لا بالقائمين فى محالهما وكذا
الا
يجوز الذبح بقرن منزوع لا بالقائم قال فى الهداية يجوز الذبح بهذه الثلاثة منزوعين
انه مكروه وقال الشافعى المذبوح بها ميتة لقوله صلى الله عليه وسلم كل ما انهر الدم وافرى
الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون
ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم بما شئت ويروى افر الاوداج
بما شئت وهو باطلاقه يقتضى الجواز بالمنزوع وغيره الا انا تركنا غير المنزوع بما رواه
الشافعى فان فيه دلالة على ذلك وهو لفظه فانها مدى الحبشة فانهم لا يقلمون الاظفار
ويحدقون الاسنان ويقاتلون بالخدش والعض ولا نسلم ان انهار الدم بالظفر
والسن المنزوعين غير مشروع فان كل واحد منهما آلة جارحة يحصل بها المقصود
وهو اخراج الدم النجس فصار كالغبطة والحجر والحديد والسكين الكليل بخلاف
غير المنزوع فانه يقتل ويجرح بالثقل لا بالحد وانما يكره لان فيه زيادة الالم للمذبوح
وقد نهينا عنه وندب احداد الشفرة اى السكين قبل الاضجاع لما رواه مسلم وليحد
احدكم شفرته وليرح ذبيحته وكره بعده لما روى انه صلى الله عليه وسلم راى رجلا
اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد اردت ان تميتها موتات هلا احددتها قبل
ان تضجعها وكذا اى كره جرها برجلها الى المذبح لما فيه من زيادة التعذيب والنخع
وهو ان يصل السكين الى النخاع وهو خيط ابيض فى جوف عظم الرقبة وانما كره ذلك

ذلك لنهيه صلى الله عليه وسلم عن نخع الشاة اذا ذبحت وقيل المراد بالنخع ان يمد رأسها حتى
يظهر مذبحها وقيل ان يكسر رقبتها قبل ان تسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه
وقطع الرأس والسلخ قبل ان تبرد لما فيهما من زيادة الالم والذبح من القفاء لما ذكرناه
ايضا ولا باس فى الاكل فى كل منها لان الكراهة فيها لمعنى زائد وهو زيادة الالم للمذبوح
فلا يوجب حرمة الاكل ويحل الاكل ان بقيت المذبوحة حية حتى قطعت العروق
اى ان ذبح من القفاء فبقيت حية حتى قطع العروق حل الاكل لتحقق الموت بما هو ذكاة
لكنه يكره لزيادة الالم من غير حاجة والا اى وان لم تبق حية قبل قطع العروق بل ماتت
فلا يؤكل لوجود الموت بما ليس بذكوة فيها قال فى البزازية ذبح شاة مريضة ولم
يتحرك الا فمها ان فتحها لا يؤكل وان ضمها يؤكل وكذا العين وفى الرجل اذا قبضها
يؤكل وان مدها لا يؤكل وفى الشعر ان نام لا وان قام يؤكل هذا اذا لم يعلم حياتها
وقت الذبح مرضت الشاة وبقى فيها من الحيوة ما يبقى فى المذبوح بعد الذبح
او الذئب قطع بطن شاة وبقى من الحياة ما يبقى فى المذبوح عندهما لا يقبل الذكاة
حتى لو ذكاه لا يحل والاصح عند الامام انها تقبل الذكاة حتى لو ذكاها يحل وعليه الفتوى
الكلب المعلم اخذ صيدا وبقى فيها ما يبقى فى المذبوح او رمى الى صيد وبقى فيه من الحيوة
ما ذكرناه لا يقبل الذكوة حتى لو وجده ولم يذكه يحل ولزم ذبح صيد استانس كالظبى
اذا تالف فى البيت فانه يذبح لان ذكاة الاضطرار لا يصار اليه الا عند العجز عن ذكاة الاختيار
ولا عجز فيما استانس من الصيد فيذبح ولا يكتفى بالجرح الا توحش بعد الاستيناس وجاز
اى يكفى جرح نعم كالغنم والبقر والابل والظبى والدجاجة وهو بفتحتين توحش
اى صار وحشيا بان صار من اهله بعيدا وخرج من اهله الى البادية وانه يكتفى فيها بالجرح
لان ذكوة الاختيار تعذرت بالتوحش فيصار الى ذكاة الاضطرار وهو الجرح فى اى
موضع كان او تردى اى النعم اى سقط فى بئر اذا لم يمكن ذبحه فانه يكتفى بالجرح لتعذر
الذبح ولا يحل الجنين وهو الولد الذى وجد فى بطن امه من شاة او بقرة او ناقة او غيرها
بذكاة امه اشعر او لا اى نبت شعره او لا وقالا يحل بذكاة امه ان تم خلقه وبه قال

الشافعي ومالك لقوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الجنين ذكاة امه ولا يبح ان لفظ
ذكاة امه منصوب بنزع الخافض وهو للتشبيه لان ذبح الام ليس بسبب لخروج الدم
من الجنين بدليل انه يتصور بقاؤه بعد موت الام وبه قال زفر وحسن بن زياد قال
في الزيلعي عزوا الى النهاية ان بقرة لو تعسرت عليها الولادة فادخل صاحبها يده فوجها
وذبح الولد حل له اكله وان جرحه في غير موضع الذبح ان كان لا يقدر على مذبحه يحل
ايضا وان كان يقدر لا يحل وقال في البزازية شق بطن شاة واخرج ولدها وذبح الولد
ثم الشاة ان كانت الشاة لا يعيش من الشق لا يحل والا حل **فصل** ويحرم
اكل كل ذي ناب اى السن او مخلب اى الظفر من سبع او طير اى يحرم اكل كل
حيوان يصيد بالسن او بالظفر وانما قلنا يصيد احترازا عن البعير والنعام
فان لهما نابا او مخلبا والاصل فيه ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه
صلى الله عليه وسلم نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع وذى مخلب من الطير
رواه مسلم وابوداود والسباع جمع سبع وهو كل مختطف منتهب جارح عاد
قاتل عادة كذا في الزيلعي ظاهره ان الاختطاف والانتهاب من فعل سباع البهايم
لكن قال في المعناية ان الاختطاف من فعل الطيور والانتهاب من فعل سباع
البهايم وهكذا في المبسوط هذا ولان طبيعة السباع من البهايم والطيور مذمومة
شرعا فيخشى ان يتولد من لحمها شىء من طباعها فتحرم اكرامًا لبنى آدم ولو
وصلية صنعا لانه من السباع وهو حيوان معروف او ثعلبا لانه ذو ناب او الحمر
الاهلية لما رواه البخاري ومسلم عن ابى ثعلبة انه قال حرم رسول الله عليه السلام
لحوم الحمر الاهلية وذهب بشر المريسي الى اباحته ونقل ذلك عن مالك مستدلا
بما روى عن عائشة انها سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحى الى محرما
الآية وبحديث غالب ابن ابجر قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم لم يبق من مالى الا حميرات
فقال عليه السلام كل من سمين مالك واستدلا لا بحل اكل الحمر الوحشي قلنا الآية على ما قبل
حرمة لحم الحمر الاهلية لانها مخصصة بحرمة الاشياء المحرمة فيجوز تخصيصها بما ذكرناه

ذكرناه ايضا واما الحديث فلانه مؤول باكل ثمنها واما الاستدلال فلان من شرط القياس
ان يكون الفرع منصوصا عليه والنص الناهى عن لحوم الحمر الاهلية قائم هٰهنا وهو الذى
روينا فبطل القياس والبغال لانه من نسل الحمار فكان كاصله حتى لو كان امه فرسا
كان على الخلاف المعروف في لحم الفرس لان المعتبر في الحل والحرمة الام فيما تولد من ماكول
اللحم وغير ماكول اللحم والفيل لانه ذو ناب والضب واليربوع وابن عرس والزنبور
والسلحفاة والحشرات لانها من الخبائث قال الله تعالى ويحرم عليهم الخبائث
وما روى انه صلى الله عليه وسلم اباح اكله فمحمول على ما قبل التحريم ثم حرم الخبائث
قال الشافعي الضب والضبع واليربوع يجوز اكلها والمراد بالحشرات مثل الحية والعقرب
والفارة والوزغة والضفدع وسام ابرص والبرغوث والقمل والذباب والبعوض
والقراد ولا باس باكل دود الزنبور قبل نفخ الروح لان ما لا روح له لا يسمى ميتة كما في قاضيخان
ويكره الغراب الابقع اى الذى ياكل الجيف الغراب ثلثة انواع نوع ياكل الجيف فهو
لا يؤكل فانه خبيث وهو المراد بالابقع ونوع ياكل الحب فقط فهو يؤكل ونوع
يخلط بينهما ياكل تارة الحب واخرى الجيف وهو يؤكل عند ابى ح وهو العقعق
وهو كالدجاج وعن ابى يوسف انه يكره لان غالب ماكوله الجيف والاول اصح واختلف
في الخفافش قيل يؤكل وقيل لا يؤكل لان له نابا والغداف وهو غراب القبط لانه ياكل
الجيف وانه من الخبائث وهو غراب اسود الفم والرخم طير كبير ياكل الجيف
في البوادى والبغاث قال في المصباح البغاث من الطير ما لا يصيد ولا يرغب في
صيده لانه لا يؤكل وكذا لا يؤكل العقاب والصقر والبازى والباشق والشاهين
والحداة من الطيور لانها ذى مخلب ويكره الخيل تحريما في الاصح قيل كره تنزيها
وجه الاصح ان ابا ح قال اذا قلت في شىء اكرهه فرأيى فيه التحريم وعندهما لا يكره
الخيل لما عرف في محله وحل العقعق وغراب الزرع ابقع كان او اسود والعقعق
طائر طويل الذنب فيه سواد وبياض وعن ابى يوسف انه يكره لان غالب اكله
الجيف وعن محمد اذا اكل الجيف لا يؤكل واذا اكل الحب يؤكل والارنب لما روى

انه صلى الله عليه وسلم امر اصحابه ان ياكلوه حين اهدى اليه مشويا ولا يؤكل
من حيوان الماء الا السمك بانواعه كالجريث يقال له سمكة الترس والمارماهى
مثل الحية وغيرهما من انواع السمكة ولا يؤكل الطافى وهو اسم فاعل من طفا
الشئ فوق الماء يطفوا اذا علا والمراد من السمك الطافى هو الذى يموت
فى الماء حتف انفه من غير سبب فيعلو الماء بخلاف ما اذا مات فى الماء بسبب
من الاسباب الخارجية مثل ضيق المكان بان سقط فى جب ماء او فى خطيرة
او فى شبكة الصيد ولم يقدر على الخروج منها فمات فانه يحل اكله ولو كان
طافيا على الماء لانه مات بسبب وكذا لو مات باكل شئ القى فى الماء لصيد السمك
فانه مات بسبب وكذا لو مات بقتل طير الماء او سمك آخر او وجد فى بطن سمك
آخر او لذع حية ونحوه وان مات لحر او برد ففيه روايتان فى رواية انه يؤكل
لانه مات بسبب حادث وفى رواية اخرى لا يؤكل لان الحر والبرد من صفات
الزمان ليسا من اسباب الموت غالبا ويحل هواى السمك والجراد بلا
ذكاة لقوله صلى الله عليه وسلم احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان
السمك والجراد واما الدمان فالكبد والطحال ولو ذبح شاة لم تعلم
حياتها فتحركت او خرج منها دم حلت والا فلا وان علمت حياتها حلت
مطلقا اى تحركت ولا خرج الدم او لا وهذا لان الحركة وخروج الدم لا يكونان
الا من الحى لان الميت لا يتحرك ولا يخرج منه الدم فيكون وجودهما او وجود
احدهما علامة الحياة فيه فيحل وعدمها علامة الموت فلا تحل الا اذا علم حياتها
عند الموت فتحل لان الاصل بقاء ما كان على ما كان فلا يحكم بزوال الحياة بالشك
كتاب الاضحية وهى فى اللغة اسم ما يذبح فى يوم الاضحى
على وزن افعولة فاصله اجتمعت الواو والتاء وسبقت احديهما بالسكون
وهو الواو فقلبت الساكن ياء وادغمت الياء فى الياء وكسرت الحاء لثبات
الياء فصار اضحية وفى الشريعة عبارة عن ذبح حيوان مخصوص فى وقت مخصوص

مخصوص وهو يوم الاضحى وشرائطها سيأتى ذكرها فى اثناء الكلام وسببها دخول
وقت الاضحى كما فى الصلوة وقد عرف فى الاصول وصفتها الوجوب فى الاصح ولهذا قال
هى واجبة اى بالقدرة الممكنة بدليل ان الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فى اول
يوم النحر ولم يضح حتى مضت ايام النحر ثم افتقر كان عليه ان يتصدق بعينها او
بقيمتها ولا يسقط عنه الاضحية فلو كانت واجبة بالقدرة الميسرة لكان دوامها
شرطا كما فى الزكاة والعشر والخراج حيث يسقط بهلاك النصاب والخارج
واصطلام الزرع آفة وعن ابى يوسف سنة مؤكدة وقيل هو كونه سنة
قولهما اى قول ابى يوسف ومحمد ذكره الطحاوى وغيره مستدلين بقوله صلى الله
عليه وسلم اذا رايتم هلال ذى الحجة واراد احدكم ان يضحى فليمسك عن شعره
واظفاره رواه مسلم والتعليق بالارادة ينافى الوجوب ولانها لو كانت واجبة وجبت
على المقيم والمسافر كالزكاة وصدقة الفطر لانهما لا يختلفان فى العبادة المالية وجه
الوجوب قوله صلى الله عليه وسلم من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا
رواه احمد وابن ماجة ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانه صلى الله
عليه وسلم امر باعادتها بقوله من ضحى قبل الصلوة فليعد والامر للوجوب وانما
لم يجب على المسافر لان اداءها يختص باشياء شق على المسافر ويفوت بمضى الوقت
فلا تجب عليه لدفع الحرج عنه كالجمعة بخلاف الزكاة وصدقة الفطر فانهما
لا يفوتان بمضى الوقت والمراد بالارادة ضد السهو لا التخيير لانه غير مخير اجماعا
لان التخيير يقع فى المباح وانما تجب على حر مسلم مقيم موسر اما اشتراط الحرية
فلانها قربة مالية فلا تؤدى الا بالمال والمالك هو الحر لا العبد اذ لا ملك للعبد
واما الاسلام فلان القربة لا يتادى الا من المسلم لان الكافر ليس اهلا للقربة الى
الله تعالى واما الاقامة فلما ذكرناه من قبل واما اليسار فلما روينا ولان العبادة لا تجب
الا على القادر والقدرة فى العبادة المالية بالغنى لا بالفقر عن نفسه لانه اصل فى الوجوب
عليه لا عن طفله اى لا يجب عن اولاده الصغار فى ظاهر الرواية وعليه الفتوى

لانه قربة محضة والاصل في العبادات ان لا يجب على احد بسبب غيره بخلاف صدقة الفطر
لان فيها معنى المؤنة والسبب فيها راس يمونه ويلي عليه وهذا المعنى متحقق في حق الولد
في صدقة الفطر دون الاضحية فلهذا لا تجب عليه عن عبده وصدقة الفطر تجب عليه منه
وقيل تجب عنه اي عن طفله ايضا اي كما تجب عن نفسه وهو رواية الحسن عن ابي ح
وذلك لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر فعلى هذه الرواية لو ولد له ولد
في ايام النحر والمعتبر يساره واعساره في ذلك اليوم وقيل يضحي عنه ابوه او وصيه
من ماله اي مال الطفل ان كان له مال فيطعم اي يطعم ابوه او وصيه اياه منها
اي من الاضحية التي هي من مال الطفل ما امكن اطعامه اياه ويستبدل بالباقي ما
ينتفع به مع بقائه اي بقاء عينه كالثوب والخف والفرو والفاس والمنخل ونحوها وهذا
اختيار شمس الاسلام وهو رواية ابن سماعة عن محمد وجعله صاحب الهداية اصح
لكن قال في الكافي الاصح انه لا يجب ذلك على الصغير وليس للاب ان يفعله من مال
الصغير ايضا وقال في قاضيخان وليس على الرجل ان يضحي عن اولاده الكبار وامرأته
الا باذنهم وعن ابي يوسف انه يجوز بغير امرهم استحسانا وفي الولد الصغير
عن ابي ح روايتان في ظاهر الرواية يستحب ولا يجب بخلاف صدقة الفطر فانها
تجب وروى الحسن عن ابي ح انه يجب ان يضحي عن ولده وعن ولد ولده الذي لا اب له
والفتوى على ظاهر الرواية فان كان للصغير مال قال بعض مشايخنا يجب على الاب
والوصي في قول ابي ح ان يضحي من مال الصغير قياسا على صدقة الفطر ولا يتصدق
بلحمه بل ياكله الصغير فان فضل شيء لا يمكن ادخاره يشتري بذلك ما ينتفع بعينه
وعلى الرواية التي لا يجب من مال الصغير ليس للاب والوصي ان يفعل ذلك فان فعل
الاب لا يضمن في قول ابي ح وابي يوسف وعليه الفتوى ويضمن في قول محمد وزفر
فان فعل الوصي يضمن في قول محمد وزفر ايضا واختلف المشايخ في قول ابي ح وابي يوسف
قال بعضهم لا يضمن كما لا يضمن الاب وقال بعضهم ان كان الصبي ياكل لا يضمن والا
يضمن والمعتوه والمجنون في هذا بمنزلة الصبي اما الذي يجن ويفيق فهو كالصحيح

كالصحيح ولو كان الرجل مسافرا وله ولد صغير في وطنه لا يجب على المسافر ان يضحي عن
نفسه وعلى الرواية التي يجب على الاب ان يضحي عن ولده الصغير يجب على المسافر
ان يضحي عن ولده فان مات ولده في ايام النحر سقطت اضحيته انتهى وهي اي الاضحية
شروع في بيان ما يجوز من الاضحية وما لا يجوز قال في الفتاوى تجوز من اربع من الحيوان
الشاة والمعز والبقر والابل ذكورها واناثها وكذا الجاموس لانه نوع من البقر الاهلي
وان ندت الاهلية وتوحشت فرماها عن الاضحية جاز ولا يجوز الوحشي والذي
يولد من الوحشي والاهلي ان كانت الام اهلية جاز كذا في قاضيخان شاة ذكرا او انثى
لكن الذكر منها افضل اذا كان خصيا والثني منها فصاعدا جائز ولا يجوز ما دون
ذلك من كل شيء الا الجذع العظيم من الضان كذا في الخلاصة وسيأتي تفصيله ولذا
يجوز المعز لانه نوع من الشاة والذكر منه افضل ايضا ولو نزا كلب على شاة فولدت
قال عامة العلماء لا يجوز وقال الامام الخير اخرى ان كان شبه الام يجوز ولو نزا شاة
على ظبي قال الامام الخير اخرى ان كان شبه الاب يجوز ولو نزا ظبي على شاة قال عامة
العلماء يجوز وقال الامام الخير اخرى العبرة للمشابهة كذا في الخلاصة وقال فيه ايضا
الغنم افضل من المعز اختلفوا في ان البقرة افضل ام الشاة الواحدة قال بعضهم
اذا كانت قيمة الشاة اكثر من قيمة البقرة فالشاة افضل لان الشاة كلها يكون فرضا
والبقرة سبعها يكون فرضا والباقي نفل وما كان كله فرضا اولى وقال بعضهم البقرة
افضل لانها اكثر لحما واذا ذبحت عن واحد يكون كلها فرضا وقال ابو حفص الكبير
البقرة افضل من الشاة اذا استويا في القيمة لانها اعظم واكبر والشاة افضل من
سبع البقرة اذا استويا في القيمة واللحم والبقرة افضل من ست شياه اذا استويا
في القيمة وسبع شياه افضل من البقرة والاصل فيه انهما اذا استويا في القيمة واللحم فاطيبهما
لحما افضل وان اختلفا فالفاضل اولى حتى ان الفحل بعشرين وهو قيمته افضل من خصي
بخمسة عشر وفي الفتاوى شراء شاة واحدة للاضحية بثلاثين درهما افضل من شراء

شاتين بثلثين درهما وشراء شاة بعشرين افضل من شراء شاتين بعشرين ولو ولدت
شاة الاضحية ولدا كان عليه ان يذبح ولدها ايضا فان ترك الولد الى العام القابل وضحاه
عن السنة القابلة لا يجوز فان كانت قيمة الولد في السنة الاولى درهمين فتصدق
بدرهمين بعد ما مضت ايام النحر من السنة الاولى وكبر الولد في العام القابل فصارت
قيمته عشرين وضحى بها عن القابل جاز كذا في قاضيخان او بدنة الانثى منها افضل ولا يجوز
منها الا الثنى او سبع بضم السين بدنة والقياس ان لا يجوز البدنة كلها الا عن واحد لان
الاراقة قربة واحدة وهي لا تتجزى الا انا تركناه بالاثر وهو ما روى عن جابر رضى الله عنه انه
قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص
في الشاة فبقي على اصل القياس والتقدير بالسبع لنفي الزيادة لا لنفي النقصان حتى لو ضحى بقرة
او بدنة عن اثنين او ثلاثة او ستة جاز على ما ذكره محمد في الاصل لانه لما جاز عن سبعة فعن
اقل منها اولى ولا يجوز عن ثمانية وما فوقها لعدم النقل فيه فيبقى على الاصل اطلق السبعة
فشمل ما اذا كان واحد منهم الاب والباقي اولاده كما في قاضيخان حيث قال ولو ضحى غني
بدنة عن نفسه وعن ستة من اولاده ليس هذا في ظاهر الرواية وقال الحسن بن زياد في
كتاب الاضحية له ذلك ان كان اولاده صغارا جاز عنه وعنهم جميعا في قول ابي ح وابي
يوسف وان كانوا كبارا ان فعل باذنهم جاز عن الكل في قول ابي ح وابي يوسف وان
فعل بغير امرهما وبغير امر بعضهم لا يجوز عنه ولا عنهم في قولهم جميعا لانه نصيب من لم
يامر صار لحما فصار الكل لحما وفي قول الحسن بن زياد اذا ضحى بدنة عن نفسه وعن
من اولاده الصغار وعن ام ولده بامرها او بغير امرها لا يجوز عنه ولا عنهم وقال ابو
القاسم يجوز عن نفسه سبعة اشتركوا في تضحية البقرة ومعهم صبي ضحى عنه
ابوه او معتوه ضحى عنه ابوه او ام ولد مسلمة ضحى عنها مولاها جاز الكل وهل يجوز
اشتراك الحي مع الميت ففي الخلاصة نقلا عن الاصل سبعة اشتركوا في بقرة او بدنة
ثم مات بعضهم قبل ان ينحروا فقال ورثته انحروها عنكم وعن فلان الميت يجزيهم

يجزيهم استحسانا وهل يأكل ورثة الميت نصيب الميت او يتصدق ففي الخانية ان
الورثة يحل لهم اكل نصيب الميت في رواية وهو المختار وفي رواية لا يأكلون بل يتصدقون
واعلم انه لو قال وسبع بدنة او بقرة لكان اوفق لبيانه بقوله بان اشترك مع ستة
في بقرة او بعير بخلاف الشاة فانه لا يجوز الاشتراك فيها لعدم النص فيها بل
تقع عن واحدة وكل اي كل واحد من السبعة يريد القربة حتى لو نوى احدهم اللحم
بطل الكل ولا يلزم اتفاق جهة القربة حتى لو نوى بعض الشركاء الاضحية وبعضهم هدى
المتعة وبعضهم هدى القران وبعضهم جزاء الصيد وبعضهم دم العقيقة لولادة
ولد له في عامه ذلك جاز عن الكل في ظاهر الرواية وعن محمد في النوادر كذلك وعن ابي
يوسف في الامالي الافضل ان يكون الكل من جنس واحد فان كان مختلفا وكل واحد متقرب
الى الله تعالى جاز وعن ابي ح انه قال اكره ذلك فان فعلوا جاز وقال زفر لا يجوز ويكون
الكل لحما كذا في قاضيخان وفيه ايضا سبعة اشتروا البقرة للاضحية فنوى احدهم
الاضحية عن نفسه لهذه السنة ونوى اصحابه الاضحية عن السنة الماضية قالوا يجوز
الاضحية عن هذا الواحد ونية اصحابه السنة الماضية باطلة وصاروا متطوعين
ووجب التصدق عليهم بلحمها وعلى الواحد ايضا لان نصيبه شايع ولو اشترى
بقرة للاضحية ونوى سبعا منها لعامه هذا وستة اسباع عن السنين الماضية
لا يجوز عن الماضية ويجوز عن عامه هذا ولو نوى بعض الشركاء التطوع وبعضهم
الاضحية لعام الماضي الذي صار دينا عليه وبعضهم الاضحية الواجبة من عامه هذا جاز
الكل ويكون عن الواجب عمن نوى الواجب عن عام ذلك ويكون تطوعا عن نوى
القضاء عن العام الماضي ولا يجوز عن قضائه بل يتصدق بقيمة شاة وسط لما مضى
وهو من اهلها اي من اهل القربة حتى لو كان احد الشركاء كافرا لا يجوز عن الكل ولم ينقص
نصيب احدهم عن سبع فلو اراد احدهم نصيبه اللحم او كان كافرا او كان نصيبه اقل
من سبع لا تجوز في كل من هذه الصور عن واحد منهم لفقد الشرط ويجوز اشتراك
اقل من سبعة ولو وصلية اثنين لما ذكرناه ويقسم لحمها وزنا لا انه وزني لا جزافا

الا اذا خلط به من اكارعه او جلده فانه يصرف الجنس الى خلافه فيعرى عن شوب الربوا
ولو اشترى بدنة للاضحية ثم اشترك فيها ستة اخرى جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز
وهو قول زفر لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا وفى الاشتراك ذلك فلا يجوز وجه
الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة وقد لا يظفر بالشركة وقت الشراء فيشتريها ثم
يطلب الشركاء ولو لم يجز ذلك لحرجوا وهو مدفوع والاشتراك قبل الشراء احب
لبعده عن الخلاف ومن صورة الرجوع من القربة واول وقتها اى وقت الاضحية بعد طلوع
فجر يوم النحر ولا يذبح فى المصر احترز به عن القرى كما يظهر لك وجهه قبل صلوة العيد
يعنى لا يجوز لاهل المصر ان يذبحوا اضحيتهم قبل صلوة العيد ويجوز لاهل القرى والاصل
فيه قوله صلى الله عليه وسلم من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة
فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين قالوا هذا فى حق من عليه صلوة العيد كيلا
يشتغل عنها بها فلا معنى للتأخير من القروى اذ لا صلوة عليه ثم المعتبر فى ذلك
مكان الاضحية لا مكان المضحى حتى لو كانت الاضحية فى السواد والمضحى فى المصر يجوز
الاضحية كما انشق الفجر وفى عكسه لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصرى لذا اراد
التعجيل ان يبعث بها الى خارج المصر فى موضع تجوز فى المسافر ان يقصر فيه فيضحى
فيه كما طلع الفجر لان وقتها من طلوع الفجر وانما اخرت الى ما بعد الصلوة فى المصر لما ذكرناه
وهذا لان الاضحية تتعلق بالمال لا بالذمة كالزكاة فتعتبر فيها مكان المحل لا مكان الفاعل
بخلاف صدقة الفطر فانها تتعلق بالذمة لا بالمال فتعتبر فيها مكان الفاعل لا مكان
المحل لان المال ليس بمحل لها حتى لا تسقط بهلاك المال بعد طلوع الفجر من يوم الفطر
ولو ضحى بعد ما صلى العيد اهل المسجد قبل ان يصلى اهل الجبانة اجزأه استحسانا لانها
صلوة معتبرة وان كان على العكس قيل على القياس والاستحسان ايضا وقيل يجوز
قياسا واستحسانا لان المسنون فى صلوة العيد الخروج الى المصلى فكان اصلا والآخر
كالخلف عنه ولو ضحى بعد ما قعد الامام قدر التشهد قبل ان يسلم لم يجز فى ظاهر الرواية
ويجوز فى رواية الحسن ولو لم يصل الامام العيد فى اليوم الاول اخروا التضحية الى

الى الزوال ثم ذبحوا اذ لا تجزيهم التضحية ما لم يصل الامام الا بعد الزوال فح تجوز لخروج
وقتها وكذا فى اليوم الثانى لا يجزيهم قبل الزوال وقيل فى الغد وبعد الغد يجوز قبل
الصلوة لانه فات وقت الصلوة بزوال الشمس فى الاول والصلوة فى الغد يقع قضاء
لا اداء فلا يظهر هذا فى حق التضحية ولو صلى الامام ثم تبين انه صلى بغير طهارة
تعاد الصلوة دون الاضحية ولو وقعت فى البلد فتنة ولم يبق فيها وال يصلى بهم
العيد فضحوا بعد طلوع الفجر اجزأهم لان البلد صار بهذا فى هذا الحكم كالسواد
ولو شهدوا عند الامام انه يوم العيد فصلى ثم انكشف انه يوم عرفة اجزأتهم
التضحية لانه لا يمكن التحرز عن مثل هذا الخطأ فيحكم بالجواز صيانة لهم بخلاف
ما اذا صلى بغير شهادة ثم ايام النحر ثلاثة وايام التشريق ثلاثة ايضا والكل
يمضى بمضى اربعة ايام اولها نحر لا غير واخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر
وتشريق والتضحية فى ايام النحر افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع
واجبة عند البعض وسنة عند البعض وفى التصدق بالثمن تطوع محض فكانت هى افضل
ولانها تفوت بفوات وقتها والتصدق لا يفوت كذا فى الهداية والزيلعى واخره
اى اخر وقتها قبيل غروب اليوم الثالث وهو الثانى عشر من ذى الحجة الا ان الافضل
الذبح فى العاشر ثم الثانى ثم الثالث وفيه اشارة الى ان التضحية تجوز فى الليلتين
الاخيرتين لا الاولى لان الليل تابع للنهار المستقبل الا فى ايام الاضحية فان الليل فيها تابع
لنهار ماض كما فى شرح النقاية نقلا عن المضمرات واستشكل عليه بليلة اليوم
الرابع بانه ليس بوقت للاضحية بلا خلاف ولو كان تابعا لنهار ماض لكان وقتا
لها واجيب بان المراد فيما بين ايام الاضحية قال فى قاضيخان ويجوز فى الليلتين
الحادية عشر والثانية عشر لكنه يكره واعتبر اخره اى اخر وقتها للفقر وضده
اى الغنى حتى لو كان غنيا فى اول وقتها ثم كان فقيرا فى اخره لا يجب عليه الاضحية لسقوطها
بالفقر ولو كان فقيرا فى اول وقتها ثم ايسر فى آخره تجب عليه الاضحية لان السببية
انما تتقرر فى آخر الجزء فيعتبر هو لا ما قبله وقد تقدم بيانه فى الصلوة والولادة والموت

فلو مات في اخر الوقت سقطت الاضحية عنه حتى لا يجب عليه الايصاء ولو ولد في اخر الوقت
فعلى ابيه ان يضحي عنه وكذا لو اسلم الكافر او بلغ الصبي او اقام المسافر في اخر الوقت
وجبت الاضحية عليه ولذا قال في قاضيخان موسر اشترى شاة للاضحية في اول ايام
النحر فلم تضح حتى افتقر قبل مضي ايام النحر او انفق حتى انتقص النصاب سقطت عنه
الاضحية وان افتقر بعد ما مضت ايام النحر كان عليه ان يتصدق بعينها او بقيمتها
ولا يسقط عنه الاضحية انتهى واولها افضلها يعني فالاضحية جائزة في ثلاثة ايام
يوم النحر ويومان بعده لما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم انهم قالوا ايام
النحر ثلاثة افضلها اولها فكلام المصنف مقلوب عنه وانما كان اولها افضلها لما فيه من
المسارعة الى اداء القربة وكره الذبح ليلا اما جوازه فيه فلان الليالي تتبع الايام
واما الكراهة فلاحتمال الغلط في ظلمة الليل فان فات وقتها اي وقت الاضحية قبل
ذبحها لزم التصدق بعين المنذورة حية وكذا ما اشتراها فقير للتضحية
والغني يتصدق بقيمتها اشتراها او لا يعني لو مضى ايام النحر ولم يضح فلا يخلو
اما ان اوجب على نفسه بان قال لله علي ان اضحي بهذه الشاة سواء كان الموجب
فقيرا او غنيا او لم يوجب فان اوجب على نفسه يلزمه ان يتصدق بعين
المنذورة فقيرا كان الموجب او غنيا وان لم يوجب على نفسه فان كان فقيرا
وقد اشترى شاة بنية الاضحية يلزمه ان يتصدق ما اشتراه بعينها حية
ايضا وان كان غنيا ولم يوجب على نفسه شاة بعينه يلزمه تصدق قيمتها
اشترى لها او لم يشتر وهذا لانها وجبت على الغني بغناه اشترى او لم يشتر
فاذا فات الوقت لزمه تصدق قيمتها واما على الفقير فانما وجب عليه اما
بالشراء او بالايجاب فتعين بذلك عينه فيتصدق عينه بعد فوت الوقت وكذا
اذا اوجبها الغني يلزمه ان يتصدق عين المنذورة واما ما وجب عليه بسبب
غناه من الاضحية فانه تجب عليه ان يتصدق عين الشاة او قيمتها قال
في الزيلعي ولا يجب على الغني من الاضحية اكثر من الواجب ونوى به غير الواجب

الواجب في ذمته وهي الشاة التي وجبت بسبب اليسار فح يجب عليه ان يتصدق
بالمنذور مع الواجب الذي في ذمته وكذا اذا اطلق النذر ولم يرد به الواجب
في ذمته وكذا اذا اطلق النذر ولم يرد به الواجب في ذمته يجب عليه غيره معه
وان اراد به الواجب بسبب اليسار لا يلزمه غيره لان النذر ايجاب والايجاب
ينصرف الى غير الواجب ظاهرا ولكن يحتمل الصرف الى الواجب تاكيدا له ونظيره
النذر بالحج وعليه حجة الاسلام فانه يلزمه حجة اخرى الا اذا عنى به ما هو الواجب
عليه انتهى وهل تصير اضحية بمجرد نية الاضحية بغير ايجاب او لا فهذه على وجوه
ثلاثة الاولى اذا اشترى شاة ينوي به الاضحية والثاني ان يشتري بغير نية
الاضحية ثم نوى الاضحية والثالثة ان يشتري بغير نية ثم يوجب بلسانه
ان يضحي فيقول لله علي ان اضحي بها عامنا هذا ففي الوجه الاول لا تصير اضحية
في ظاهر الرواية ما لم يوجبها بلسانه وعن ابي يوسف عن ابي ح انها تصير اضحية
بمجرد النية كما لو اوجبها بلسانه وبه اخذ ابو يوسف وبعض المتاخرين وعن محمد
في المنتقى اذا اشترى شاة ليضحي بها واضمر نية التضحية عند الشراء تصير اضحية
وفي الوجه الثاني لم يذكر في ظاهر الرواية شئ وروى الحسن عن ابي ح انها لا تصير
اضحية حتى لو باعها يجوز بيعها وبه نأخذ وفي الوجه الثالث تصير اضحية في قولهم
كذا في قاضيخان وقال في الخلاصة لو نذر في الاضحية بان قال لله علي ان اضحي بهذه
الشاة يجب عليه بالاجماع فاجمعوا انها لا تصير واجبة بمجرد النية حتى لو نوى ان
تضحي بهذه الشاة ولم يذكر بلسانه شيئا لا يجب وبالشراء بنية الاضحية ان كان
المشتري غنيا لا يجب عليه باتفاق الروايات حتى لو باعها واشترى اخرى بثمنها
والثانية شر من الاولى جاز ولا يجب عليه شئ وان كان المشتري فقيرا قال في شرح
الشافي من اشترى شاة ليضحي بها تعينت لها بالنية عند الطحاوي قال ومذهب
الجمهور انها لا تصير لها الا ان يقول علي ان يضحي بها لان نفس النية غير موجبة وكذا
ذكره شمس الائمة الحلواني وذكر الامام خواهر زاده في ظاهر الرواية عن اصحابنا تصير

وهكذا ذكر الطحاوي وفي الزيادات في كتاب الهبة رجل اشترى شاة فاوجبها اضحية وجبت
عليه موسرا كان او معسرا واختلف المشايخ في قوله فاوجبها اضحية قال بعضهم اوجبها
بلسانه بعد الشراء فيقول لله علي ان اضحي بهذه الشاة وقال بعضهم اراد به انه
اشتراها بنية الاضحية وقوله اوجبها اي بذلك الشراء قال وظاهر المذهب هذا الى هنا
كلام الخلاصة وقال في القهستاني اعلم ان وجوب الاضحية بالشراء فصل اختلف فيه
الروايات والمشايخ فقال بعضهم ان كلام الزيادات دال على ان شراء الموسر والمعسر
موجب لها وكلام النوادر على ان شراء المعسر غير موجب على ما روي عن الشيخين
وذكر شيخ الاسلام ان شراء الموسر غير موجب باتفاق الروايات وشراء المعسر موجب
في ظاهر الرواية وروى الزعفراني انه غير موجب وهو المختار عند السرخسي وذكر
الحلواني ان شراء المعسر غير موجب في ظاهر الرواية وروى الطحاوي انه موجب كما
في الظهيرية وذكر في المشارع ان من اشترى شاة تعين بالنية عند الطحاوي ولم يتعين
عند الجمهور انتهى كلام القهستاني بقي ان الفقير اذا اشترى شاة للاضحية فسرقت
او ماتت فهل يلزمه شراء اخرى للاضحية ففي الفتاوى انها لا يلزم والغني اذا سرقت
شاته الاضحية او ضلت يجب عليه اخرى لان الوجوب على الفقير بالشراء والشراء تناول
هذا العين فوجب التضحية به فاذا سرق المعين سقط الواجب والواجب على الغني
بايجاب الشرع والشرع لم يوجب تضحية هذا المعين فلا يسقط الواجب بهلاك
هذا المعين هذا والفقير اذا اشترى مكان المسروق اخرى مع عدم وجوبه عليه ثم وجد
الاولى فهل يجب عليه ان يضحي بهما ففي الفتاوى ايضا انه يجب عليه ان يضحي بهما
مطلب
بخلاف الغني فانه اذا سرقت شاته فاشترى مكانها اخرى ثم وجد الاولى
لا يجب عليه الا واحدة منهما والفرق ان الوجوب على الفقير بالشراء والشراء
للاضحية قد تعدد فيتعدد الوجوب وعلى الغني الوجوب بايجاب الشرع والشرع
لم يوجب الا اضحية واحدة وقيل ان اوجب الثانية بدلا عن الاولى له ان يذبح ايتهما
شاء من غير فرق بين الفقير والغني اما اذا اوجبها ايجابا مبتدأ بعد شرائه الاولى فعليه

فعليه ان يضحي بهما قال في الخلاصة وفي الاصل اشترى اضحية ثم باعها جاز في ظاهر الرواية
ولو اشترى مثلها وضحى بها ان كانت الثانية مثل الاولى او خيرا منها جاز ولا يلزمه
شيء آخر وان كانت دون الاولى تصدق بفضل ما بين القيمتين قال الامام السرخسي
ومن اصحابنا من قال هذا اذا كان المشتري فقيرا فان كان غنيا ليس عليه ان يتصدق
بفضل القيمة قال والاصح عندي ان الغني والفقير سواء انتهى وانما يجزي فيها
اي في الاضحية الجذع بفتحتين من الضأن وهذا ذوات الصوف من الغنم والاصل
فيه قوله صلى الله عليه وسلم نعمت الاضحية الجذع من الضأن قال في الهداية قالوا
وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو اختلط بالثنيات يشتبه على الناظر من بعيد
والجذع من الضأن ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني
انه ابن سبعة اشهر وعنه ثمانية او تسعة انما قال في مذهب الفقهاء لان
عند اهل اللغة الجذع من الشاة ما تمت له سنة قال في المغرب الجذع من البهائم
قبل الثني الا انه من الابل قبل السنة الخامسة ومن البقر والشاة ما دخل في
السنة الثانية ومن الابل في الرابعة وعن الزهري الجذع من المعز لسنة
ومن الضأن لثمانية اشهر هذا وانما قيد بقوله من الضأن لان الجذع من المعز
لا يجوز وكذا من غيره كذا في شرح النقاية وشرح المجمع والثني فصاعدا من الجميع
اي من الضأن والمعز والابل والبقر الثني من الضأن والمعز ابن سنة ومن البقر ابن
سنتين ومن الابل خمس سنين كذا في الهداية والزيلعي ويجوز الجماء وهي التي لا قرن
لها لان القرن لا يتعلق به مقصود الا يرى ان التضحية بالابل جائزة ولا قرن له
وفي الزيلعي وكذا مكسورة القرن بل اولى من الجماء انتهى ولا بد ان يقيد الكسر
بما لم يبلغ المخ لما قال في الخلاصة والتي لا قرن لها من الاصل تجوز فان انقطع
او انكسر بعض قرنها يجوز اذا بلغ المخ والخصي اي منزوع الخصيتين والثولاء
اي المجنونة اي ان كانت سمينة على ما في الخلاصة والجرباء السمينة لان الجرب في الجلد
ولا نقصان في اللحم في السمينة بخلاف ما اذا كانت مهزولة لان الجرب

حينئذ في اللحم فينتقص قال في الخلاصة وفي نظم الزندوستي خمس عشرة من العيوب
لا تمنع جواز الاضحية منها ان يكون لا اسنان لها ان كانت تعتلف في ظاهر الاصول
وعن ابي يوسف انه لا يجوز مطلقا والتي لا اسنان لها في الغنم يجوز وفي البقر لا لان الغنم
تعتلف بالاسنان والبقر باللسان والجرباء ان كانت سمينة والتي لا قرن لها من الاصل
يجوز وان انقطع او انكسر بعض قرنها يجوز ايضا الا اذا بلغ المخ وصغيرة الاذن
والتي في اذنها ثقب او شقاق من الاعلى الى الاسفل والثولاء والعرجاء التي تضع
الرابعة على الارض وتستعين بها الا انها تتمايل مع ذلك وتضعها وضعا خفيفا
تجوز والمجبوب العاجز عن الجماع والتي بها السعال والعاجزة عن الولادة لكبر
سنها والتي بها كي والتي لا ينزل لبنها من غير علة والتي لها ولد انتهى لا العمياء
وهي التي ذهبت عيناه والعوراء وهي التي ذهبت احدى العينين هذا بيان العيوب
التي لا يجوز بها الاضحية والاصل فيها ان العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع لان الحيوان
قلما يخلو عن يسير العيب واليسير ما لا اثر له في لحمها والعمى والعور مما لهما اثر
في ذلك اما العمى فظاهر واما العور فلانها لم تبصر بعين واحدة من العلف ما تبصر
بالعينين وقلة العلف تورث الهزال والعجفاء التي لا تنقى في المصباح النقو وزان
حمل كل عظم ذي مخ والنقي بالياء لغة اي لا مخ لها من الهزال وفي الخانية لا يجوز العجفاء
التي لا تنقى الا ان يكون فقيرا ونذر بعينه فيجوز انتهى والعرجاء التي لا تمشي الى
المنسك احترز به عن العرجاء التي تضع الرابعة على الارض فانها يجوز كما ذكرناه آنفا
والاصل قوله صلى الله عليه وسلم لا تجزئ في الضحايا اربعة العوراء البين عورها
والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقى ومقطوعة
اليد والرجل لانها عيب فاحش وذاهبة اكثر العين الواحدة لان للاكثر حكم
الكل وحكم ذهاب كل العين تقدم او الاذن يجوز عطفه على العين وعلى الاكثر
وكذا قوله او الذنب او الالية قال في الهداية لا يجوز مقطوعة الاذن والذنب اما
الاذن فلقوله صلى الله عليه وسلم استشرفوا العين والاذن اي اطلبوا سلامتهما

سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود فصار كالاذن ولا التي ذهب اكثر
اذنها وذنبها وان بقي الاكثر من الاذن والذنب جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا
ولان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن ابي ح في مقدار
الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب او الاذن او العين او الالية الثلث
او اقل اجزأه وان كان اكثر لم يجز لان الثلث ينفذ فيه الوصية من غير رضاء الورثة
فيعتبر قليلا وفيما زاد على الثلث لا ينفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا وروي عنه ان
الربع كثير وعنه ايضا ان الثلث كثير وقال ابو يوسف ومحمد اذا بقي الاكثر من النصف
اجزأه اعتبارا للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار الفقيه ابو الليث
وقال ابو يوسف اخبرت بقولي ابا ح فقال قولي كقولك قيل هو رجوع منه الى
قول ابي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان
عنهما كما في انكشاف العضو عن ابي يوسف انتهى وذكر فيها ايضا طريق معرفة
المقدار فارجع اليه فظهر انه لا خلاف في ان ذهاب الاكثر من الاعضاء المذكورة
مانع ولهذا جعله المص مانعا مطلقا وانما الخلاف في ذهاب النصف وفي مقدار
الاكثر واليه اشار بقوله وفي ذهاب النصف روايتان اي عن ابي يوسف ومحمد
على ما في الهداية والخلاصة في رواية عنهما ان مقدار النصف كثير عندهما وفي اخرى
قليل والا والظاهر الرواية عنهما ويجوز ان ذهب اقل منه اي من النصف وان كثر
من الثلث لان الاقل من النصف قليل عندهما في ظاهر الرواية دون النصف وقيل ان
ذهب اكثر من الثلث لا يجوز عند ابي ح وبقدر الثلث يجوز وعليه اعتمد في الجامع
الصغير وقيل ان ذهب الثلث لا يجوز وهو رواية عن ابي ح ولو علم المشتري بذلك
بعد الذبح جازت الاضحية ان كان اقل من الثلث ويرده على البايع بنقصان العيب
ويتصدق بارش النقصان ايضا وان كان العيب مما لا يجوز معه الاضحية يرجع على البايع
بنقصان العيب ويطيب له ارش النقصان كذا في قاضيخان وقال في الخلاصة لا يجوز
مقطوعة رؤس ضروعها وان ذهب من واحد اقل من النصف فعلى ما ذكرناه من الخلاف

في العين والاذن انتهى ومن يجمع الخروق في اذني الاضحية فقد اختلف المشايخ قيل
يجمع حتى يكون مانعا وقيل لا ولا يضر تعيبها من اضطرابها عند الذبح كما لو اضجعها
فاضطربت فانكسرت رجلها او يدها فذبحها اجزاه استحسانا عندنا لان حالة
الذبح ومقدماته يلحق بالذبح قال في الخلاصة ولو ذهبت عينها في معالجة الذبح
انه لم يرسلها جاز وان ارسلها بعد اصابة الآفة ثم ضحى بها في وقت آخر في يومه
او في يوم آخر لا رواية لها في الاصول وفي العيون والمنتقى واضاحي الزعفراني عن ابي
يوسف انه يجوز وقال الزعفراني في كتابه انه لا يجوز وبه قال بعض العلماء ولا نأخذ به
قيد بقوله من اضطرابها عند الذبح احترازا عما تعيب عنده لا عن اضطرابه لما
قال في الخلاصة ولو كانت صحيحة العينين فاعورت عنده بعد ايجابه اياها على نفسه
او كانت سمينة فصارت عجفاء او عرجاء ان كان موسرا لا يجوز ان يضحي وان كان
فقيرا جاز له ذلك في رواية ابي سليمان وفي رواية ابي حفص يجوز معسرا كان
او موسرا والمختار رواية ابي سليمان لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم
يتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الاضحية فتعينت وان لم يكن لها الية ولا اذن
خلقة لا يجوز وان كانت صغيرة الاثنين جاز كذا في قاضيخان وان مات احد سبعة
وقال الورثة اذبحوها عنكم وعنه صح لان مقصود الكل قربة وموت احدهم لا يمنع
الوقوع عنه بعد اذن الورثة لانهم قائمون مقامه ولو ذبحوا بغير اذن الورثة
لا يجزيهم لان بعضها لم يقع قربة والاصل فيه ان التضحية عن الغير جائز
لانه صلى الله عليه وسلم ضحى عن امته وكذا اي صح لو ذبح بدنة عن اضحية ومتعة
وقران لان اختلاف الجهات لا يضر بعد ان وجد الاتفاق في قصد القربة بخلاف
ما لو كان قصد بعضهم اللحم فانها لا تجوز على ما تقدم ويأكل من لحم اضحيته
ويطعم من شاء من غني وفقير ويدخر ايضا لقوله صلى الله عليه وسلم كنت
نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز ان ياكله وهو غني جاز
ان يؤكله ايضا وندب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلاث الاطعام

الاطعام والاكل والادخار فانقسم اثلاثا وهذا في الاضحية الواجبة والسنة
سواء اذا لم تكن واجبة بالنذر وان وجبت بالنذر فليس لصاحبها ان يأكل
منها شيئا ولا ان يطعم غيره من الاغنياء سواء كان الناذر غنيا او فقيرا
لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق ان يأكل من صدقته ولا ان يطعم غنيا
كذا في الزيلعي فعلم منه ان الفقير اذا اشترى شاة للاضحية من غير ان ينذر بها
جاز له الاكل منها كما صرح به في التاتارخانية نقلا عن العتابية حيث قال
ان المضحي يطعم منها ما شاء الغني والفقير والمسلم والذمي وان اكل الكل
او اطعم الكل جاز ويستحب له ان يتصدق بثلثه وان كان فقيرا ذا عيال فالافضل
ان يأكل هو ونهوهم نقلا عن فتاوى آهو حيث قال سئل قاضي بديع الدين
عن الفقير اذا اشترى شاة للاضحية حتى تصير واجبة عليه فاذا ضحى هل
يحل له اكله قال نعم وقال القاضي برهان الدين لا يحل انتهى قلت اطلاق
المتون والفتاوى يؤيد حل اكله وهو المختار لان عدم حله مبني على القول
بالوجوب بالشراء وفيه خلاف كما عرفت وعلى تقدير وجوبه بالشراء لا يثبت
الحرمة ايضا لان الوجوب بالفعل ليس سبيله التصدق بل لزوم الاداء مثل
الواجب بالشرع واما الوجوب بالنذر فسبيله التصدق لانه اوجبه بلسانه
عليه لله تعالى فصاحب الحق في النذر هو الله تعالى والفقير نائب عنه والدفع الى
الله تعالى غير ممكن فلا بد ان يدفع الى نائبه واما في الواجب بالفعل فانما وجب
بفعله على نفسه ايقاع ذلك الواجب فاللازم عليه هو الايقاع لا التصدق
كما في اضحية الغني ولو ضحى عن ابويه يجوز له التناول منه عند عامة مشايخ بلخ
وعند مشايخ بخارى لا يحل وهو اختيار الفضلي كذا في التاتارخانية وندب
تركه اي ترك التصدق لذي عيال اي لمن عليه نفقة جماعة وهو ظرف لندب
توسعة عليهم اي على العيال وفيه اشعار بانه لو كان عليه نفقة واحد لم يكن
الترك ندبا كذا في شرح النقاية وندب ان يذبح بيده ان احسن التضحية

اى علم بشرائطها وقدر على ذلك والا اى وان لم يحسن التضحية يامر غيره ويحضرها
اى التضحية بنفسه لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة قومى فاشهدى اضحيتك
فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب ويكره ان يذبحها كتابى لانه
عمل قربة وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذكاة والقربة
اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر المجوسى لانه ليس من اهل الذكاة فكان
افسادا لا تقربا ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمله آلة كجراب او خف
او فرو او يشترى به ما ينتفع به مع بقائه كغربال ونحوه وهذا لان الانتفاع
بعينه غير محرم فكذا ما هو بدل عنه لان للبدل حكم المبدل منه لا ما يستهلك
كخل وشبهه لانه تصرف على قصد التمول والتمول بها حرام فان بدل اللحم او الجلد
به اى بما لا ينتفع به الا باستهلاكه من الدراهم وغيره يتصدق به لان القربة
انقلبت الى بدله ولا يعطى اجر الجزار منها لقوله صلى الله عليه وسلم لعلى رضى الله
عنه تصدق بجلالها وخطمها ولا تعط اجر الجزار منها شيئا وهذا يدل على النهى
عن البيع ايضا لان اعطاء اجر الجزار منه فى معنى البيع ويكره ان يجز صوف
اضحيته وينتفع به قبل ان يذبحها لانه التزم القربة بجميع اجزائها بخلاف
ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما فى الهدى ويكره ان يحلب لبنها فينتفع
بها كما فى الصوف ولو غلط اثنان فذبح كل شاة الآخر صح الاضحية عن
كل منهما ولا ضمان عليهما استحسانا واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره
بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا تجزيه من الاضحية فى القياس
وهو قول زفر وفى الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس
انه ذبح شاة غيره بغير اذنه فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب
ووجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه ان يضحى
بها بعينها فى ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل من
يكون اهلا للذبح آذنا له دلالة لانها تفوت بمضى هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها

عن اقامتها لعوارض فصار كما ذبح شاة شد القصاب رجلها فان قيل يفوته امر
مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له
مستحبان آخران احدهما صيرورته مضحيا لما عينه والآخر كونه معجلا به فريضة
فاذا صحت الاضحية عنهما ياخذ كل واحد منهما اضحيته ولو مسلوخة ان كانت
باقية ولا يضمنه ان هلكت وان كان كل واحد منهما اكل ما ذبحه يحلل كل واحد
منهما صاحبه ليجزيه لانه لو اطعمه الكل فى الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له
ان يحلله فى الانتهاء وهو المراد بقوله ويتحللان اى يحلل كل واحد منهما صاحبه بما ذكرناه
وان تشاحا عن التحليل اى تنازعا عنه ضمن كل صاحبه قيمة لحمه وتصدق بها
اى بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته واشترى بثمنها غيرها
فلو كان غيرها انقص من الاولى تصدق بما فضل على الثانية ولو لم يشتر غيرها
حتى مضت ايام النحر تصدق بثمنها كله والاصل فيه ان التضحية لما وقعت من
صاحبه كان اللحم له فاذا تشاحا عن التحليل كان كل واحد منهما متلفا لحم اضحية
صاحبه ومن اتلف لحم اضحية صاحبه يكون ضامنا لقيمة لحمه وصحت التضحية
بشاة الغصب دون شاة الوديعة لان فى الغصب يثبت الملك من وقت الغصب
وفى الوديعة يصير غاصبا بالذبح فيقع الذبح فى الاول فى ملكه وفى الثانى فى غير ملكه
قال فى الخلاصة والبزازية خمسة اموال اذا اخذها من ملك الغير يجوز بها الاضحية
وضمن قيمتها اولها من غصب شاة وضحى بها والثانى لو سرق وضحى بها والثالث لو
غصب من ولده الصغير او الكبير والرابع لو غصب من عبده المأذون المديون والخامس الشراء
الفاسد وستة لا يجوز اولها المودع اذا ضحى بشاة الوديعة والمعير والمستبضع
والمرتهن والوكيل بشراء الشاة او الوكيل بحفظ ماله اذا ضحى بشاة موكله
والسادس الزوج او الزوجة اذا ضحى بشاة صاحبه لنفسه بغير اذنه انتهى
وضمنهما لانه اتلف مال الغير بالذبح فيهما

كتاب الكراهية

الكراهة ضد الارادة والرضاء فى اللغة وشرعا ما كان تركه اولى وهو على نوعين

كراهة تحريم وكراهة تنزيه وذكر كراهة التحريم على المذهبين بقوله المكروه الى الحرام
اقرب عند ابي ح وابي يوسف اي من الحلال فعلم منه ان المكروه كراهة تنزيه فالى الحل
اقرب وعند محمد كل مكروه حرام ولم يلفظ محمد به اي بلفظ الحرام اي لم يطلق عليه
لفظ الحرام مع انه حرام عنده لعدم القاطع على حرمته فالحرام ما منع بدليل قطعي
وتركه فرض كشرب الخمر والزنا والمكروه ما منع بظني وتركه واجب كاكل الضب
واللعب بالشطرنج كما في الكشف **فصل** في بيان احوال الاكل منه اي من
انواع الاكل فرض وهو ما يندفع به الهلاك فيحرم تركه يثاب عليه الاكل ولو
من حرام كاكل الميتة ومال الغير بخلاف ما لو امتنع من التداوي بحرام حتى مات على
ما سيجي ومقدار هذا الاكل ما يسد به رمقه ومندوب اي مأجور عليه وهو ما
اي اكل زاد على ما يندفع به الهلاك ليتمكن من الصلوة قائما ويسهل عليه
الصوم الفرض وفيه اشعار بانه جاز تقليل الاكل بحيث يضعف عن اداء
الفرض لكنه قال في الاختيار انه لم يجز كذا في شرح النقاية ومباح وهو ما زاد على
المندوب منتهيا الى الشبع لزيادة قوة البدن فهذا الاكل مما لا اجر فيه ولا وزر
ويحاسب عليه حسابا يسيرا ان كان من حل وفيه اشعار بانه لو اكل للتسمين لا للقوة
البدن كره نقله في شرح النقاية عن ابن مقاتل وعن ابي مطيع لا باس بان ياكل خبزا مكسورا
في الماء البارد للتسمن وفيه ايضا لو اكل الوان الطعام ثم تقيأ فوجده نافعا لا باس به
لانه علاج وحرام وهو الزائد عليه اي على المباح الا لقصد التقوي على صوم الغد ولئلا
يستحيي الضيف سواء كان الضيف حاضرا معه في ابتداء الاكل او جاء بعد ما اكل قدر
حاجته فانه غير حرام فيهما قالوا ان الاكثار في الوان الطعام اسراف الا اذا قصد
قوة الطاعة او دعوة الاضياف قوما بعد قوم ولا تجوز الرياضة بتقليل الاكل حتى
يضعفه عن اداء العبادة لقوله صلى الله عليه وسلم ان نفسك مطيتك فارفق
بها وليس من الرفق ان تجيعها وتذيبها ولان ترك العبادة لا يجوز فكذا ما يفضي اليه
ومن امتنع من الميتة حال المخمصة او صلى ولم ياكل حتى مات اثم لانه ترك ما هو

هو الفرض من الاكل بخلاف من امتنع من التداوي حتى مات حيث لا ياثم لان الشفاء
منه غير متيقن ولا باس بالتفكه بانواع الفواكه وتركه افضل لما فيه من مخالفة
اشتهاء النفس واتخاذ الاطعمة اي انواع الطعام سرف يقال الاسراف تجاوز القصد
والسرف بفتحتين اسم منه وكذا وضع الخبز على المائدة اكثر من قدر الحاجة اي
اسراف ومسح الاصابع والسكين بالخبز ووضع المملحة عليه اي على الخبز مكروه
قال في قاضيخان قال ابو القاسم الصفار ويكره وضع المملحة على الخبز ويوضع الملح على
الخبز وحده لان وضع المملحة على الخبز استخفاف الخبز وقال لا اجد في نية الذهاب
الى الضيافة سوى ان آمر برفع المملحة من الخبز وكذا يكره تعليق الخبز بالخوان
وانما يوضع بحيث لا يتعلق كرامة للخبز وكذا لو وضع الخبز تحت القصعة لاجل
التسوية وقال فيه ايضا اذا كان الرجل على مائدة فناول غيره من طعام المائدة ان
علم ان صاحبه لا يرضى به لا يحل له ذلك وان علم انه يرضى به لا باس به واذا اشتبه عليه
لا يناول ولا يعطي سائلا وان ناول الضيف شيئا من الطعام الى من كان ضيفا معه
على الخوان تكلموا فيه قال بعضهم لا يحل له ان يفعل ذلك ولا يحل لمن اخذه ان ياكل
ذلك بل يضعه على المائدة واكثرهم جوزوا ذلك لانه مأذون بذلك عادة ولا يجوز
لمن كان على المائدة ان يعطي انسانا دخل هناك لطلب انسان او لحاجة اخرى وكذلك
لا يدفع الى ولد صاحب المائدة وعبده وكلبه وسنوره رجل دعا قوما الى طعام وفرقهم
على اخونة ليس لاهل هذا الخوان ان يتناول من طعام خوان آخر لان صاحب الطعام
انما اباح لاهل كل خوان ان ياكل ما كان على خوانه لا غير وقال الفقيه ابو الليث القياس كذلك
وفي الاستحسان اذا اعطى من كان في ضيافته بالك جاز وان اعطى بعض الخدام هناك
جاز ايضا رجل اكل خبزا مع اهله فاجتمع كسرات الخبز ولا يشتهي اكلها فله ان يطعم
الدجاجة والشاة والبقر وهذا اولى من الالقاء في النهر او الطريق الا اذا وضع في الارض
ليأكلها النمل وسنة الاكل البسملة في اوله والحمدلة في آخره وغسل اليدين قبله
وبعده ويبدأ في غسل اليدين بالشباب قبله اي قبل الاكل وبالشيوخ بعده واذا غسل

قبل الطعام لا يمسح يده بالمنديل بل يتركه حتى يجف ليكون اثر الغسل قائماً عند الاكل كذا
في قاضيخان ولا يحل شرب لبن الاتان لان حكم لبنه حكم لحمه لتولده منه ولحمه حرام فكذا لبنه
وكذا يكره شرب لبن الخيل عند ابي ح كلحمه عنده ولا يشرب لبن الجلالة ولا يؤكل لحمها
لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن اكلها وشرب لبنها والجلالة هي التي يعتاد اكل الجيف
والنجاسات لان لحمها يكون منتنا فكذا لبنها ولو حبست حتى تزول النتن حلت
ولم يقدر لذلك مدة في الاصل وقدرها في النوادر بشهر وقيل باربعين يوما او
بعشرة ايام في الشاة وثلاثة ايام في الدجاجة هذا في الجلالة التي لا يخلط واما التي
يخلط بان يتناول النجاسة والجيف ويتناول غيرهما على وجه لا يظهر اثر ذلك في لحمها
فلا باس به ولهذا يحل اكل جدي غذي بلبن الخنزير لان لحمه لا يتغير وما غذي به يصير
مستهلكا لا يبقى له اثر وعلى هذا قالوا لا باس باكل الدجاج لانه يخلط ولا يتغير لحمه
وما روي ان الدجاج يحبس ثلاثة ايام ثم يذبح فذلك على سبيل التنزه ولو سقي ما يؤكل
لحمه خمرا فذبح من ساعته حل اكله ويكره ولا بول ابل لانه حرام عند ابي ح مطلقا وقال
ابو يو يحل للتداوي وقال يحل مطلقا وقد تقدم في كتاب الطهارة ولا استعمال اناء ذهب
وفضة لرجل وامرأة بالاكل والشرب والادهان والتطيب منها والاصل فيه ما روي عن
حذيفة انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تشربوا من آنية الذهب والفضة
ولا تاكلوا في صحافها فانها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة والادهان والتطيب في معناهما فيلحق
بهما بدلالة النص المذكور وقال في النهاية صورة الادهان المحرم هو ان ياخذ آنية الذهب
والفضة ويصب الدهن على الرأس اما اذا ادخل يده او اخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد
لا يكره وحل استعمال اناء عقيق وبلور وزجاج ورصاص وكذا حل الشرب من اناء مفضض
والركوب على سرج مفضض والجلوس على كرسي مفضض ويتقي موضع الفضة والذهب
من الاناء وفي الجلوس على السرير والسرج والكرسي وكذا الاناء المضبب بالذهب والفضة
والكرسي المضبب وكذا لو جعل ذلك في نصل السيف والسكين او في قبضتهما ولم
يضع يده في موضع الذهب والفضة وكذا اللجام المفضض والركاب المفضض لا يكره

مطلب مدة حبس الجلالة وحرمة استعمال الذهب والفضة

لا يكره هذا عند ابي ح وقال ابو يوسف يكره ذلك كله ومحمد مع ابي ح في رواية ومع ابي يوسف
في رواية على ما سياتي مصرحا **فصل** في بيان انواع الكسب افضله الجهاد
في سبيل الله لاعلاء كلمة الله ثم التجارة وكان ابراهيم عليه الصلوة والسلام بزازا وكذا
كان ابو بكر الصديق رضي الله عنه بزازا وكان عثمان رضي الله عنه تاجرا يجلب الطعام
ويبيعه وكذا كان علي رضي الله عنه تاجرا يكتسب ثم الحراثة وكان آدم عليه الصلوة
والسلام زراعا ثم الصناعة وكان داود عليه الصلوة والسلام يصنع الدرع من الحديد
وسليمان عليه الصلوة والسلام كان يصنع المكايل وزكريا عليه الصلوة والسلام كان
نجارا ونبينا محمد صلى الله عليه وسلم كان يرعى الغنم وكلهم كانوا ياكلون من اكتسابهم
ومنه اي من الكسب فرض وهو قدر الكفاية لنفسه وعياله وقضاء ديونه لقوله
صلى الله عليه وسلم الكسب فريضة على كل مسلم ومستحب وهو الزيادة عليه اي على
الفرض ليواسي اي ليقاون به اي بذلك الزيادة اي المستحب فقيرا ويصل به قريبا
من جهة الابوة او البنوة او الاخوة ومباح وهو الزيادة للتجمل اي اظهار النعمة وحرام
وهو الجمع للتفاخر والبطر يقال بطر بطرا كفر النعمة ولم يشكرها وان وصلية كان من
حل لان الحرمة كانت لقصده التفاخر فلا يفيد كونه من حل وينفق من كسبه
على نفسه وعياله بلا اسراف ولا تقتير اي بلا تضييق في نفقتهم لان الاسراف
افراط والتقتير تفريط وكل منهما ممنوع شرعا بل يتوسط لقوله تعالى اذا انفقوا
لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما ومن قدر على الكسب لزمه ان يكتسب
لما روينا من ان الكسب فريضة على كل مسلم وان عجز عنه لزمه السؤال فانه نوع
اكتساب لكنه لا يحل الا عند العجز قال صلى الله عليه وسلم السؤال آخر كسب العبد فان تركه
اي السؤال حتى مات جوعا اثم لانه القى نفسه الى التهلكة وان عجز عنه اي عن السؤال
يفرض على من علم به اي بحاله ان يطعمه او يدل عليه من يطعمه لان من دل على الخير كفاعله
ويكره اعطاء سؤال المسجد وان كان لا يتخطى رقاب الناس ولا يمشي بين يدي المصلي
لما فيه من اشتغال الناس عن العبادة وقيل ان كان لا يتخطى رقاب الناس ولا يمر بين

مطلب هل يجوز التصدق على السائل في المسجد

يدى مصلى لا يكره لما روى انهم كانوا يسألون فى المسجد على عهد رسول الله صلى الله عليه
وسلم حتى روى ان عليا كرم الله وجهه تصدق بخاتمه فى الصلوة فمدحه الله تعالى
بقوله ويؤتون الزكوة وهم راكعون بخلاف من يتخطى رقاب الناس ويمر بين يدى
المصلى فانه مكروه لما فيه من اذى الناس فى التصدق فاعانة على الاذى ولا يجوز قبول هدية
امراء الجور لان الغالب فى مالهم الحرمة الا اذا علم ان اكثر ماله من حل بان كان صاحب تجارة
او زرع او عقار فح لا باس به لان اموال الناس لا يخلو عن قليل حرام والمعتبر الغالب وكذلك
اكل طعامهم ولا يكره اجارة بيت بالسواد اى بالقرية ليتخذ بيت نار او كنيسة
او بيعة او يباع فيه الخمر هذا عند ابح وعندهما يكره لان فيه اعانة على المعصية
ولابح ان الاجرة على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه
وانما المعصية فى فعل المستاجر وهو فاعل مختار يفعل باختياره ويكره فى المصر اجماعا
لانهم لا يمكنون من اظهار هذه الافعال فى الامصار لظهور شعائر الاسلام فى
الامصار وفى اظهاره هتك شعائر الاسلام بخلاف السواد لعدم ظهور شعائر
الاسلام فيها وكذا اى يكره فى سواد غالبه اهل الاسلام لما ذكرناه فى المصر لان للاكثر
حكم الكل بخلاف ما كان غالب اهله الذمى من السواد كسواد الكوفة ومن حمل لذمى خمرا
باجر طاب له الاجر لان المعصية فى شربه وهو فعل فاعل مختار لا فى حمله فيجوز له الاجر
وعندهما يكره لانه اعانة على المعصية والجواب عنه لابح منع كونه اعانة على المعصية
ولا باس بقبول هدية العبد التاجر لان النبى صلى الله عليه وسلم قبل هدية سلمان
حين كان عبدا وقبل هدية بريرة حين كانت مكاتبة واجابة دعوته واستعارة
دابته لان كلا من اجابة دعوته واستعارة دابته فى معنى قبول هديته بل
دونها وكره قبول كسوته ثوبا واهدائه احد النقدين لانه تبرع والعبد
ليس من اهل التبرع الا انه جوزت فى الامور المباحة عادة بالنص على خلاف القياس
فلا يتعدى غيره ويقبل فى المعاملات قول الفرد ولو وصلية انثى او عبدا او فاسقا
او كافرا كقوله شريت اللحم من مسلم او كتابى فيحل او من مجوسى فيحرم قال فى الكنز

مطلب هل يجوز قبول هدية امراء الجور

مطلب هل يحرم ايجار بيت لبيع الخمر

مطلب حمال الخمر اجرته طيب

مطلب يقبل قول الكافر فى المعاملات

فى الكنز ويقبل قول الكافر فى الحل والحرمة وقال الشارح الزيلعى هذا سهو منه
لان الحل والحرمة من الديانات ولا يقبل قول الكافر فى الديانات وانما يقبل
فى المعاملات خاصة للضرورة لان خبره صحيح لصدوره عن عقل ودين معتقد
فيه حرمة الكذب لان الكذب حرام فى جميع الاديان والحاجة ماسة الى قبول
قوله لكثرة وقوع المعاملات معهم فلا يقبل فى الديانات لعدم الحاجة اليه
الا اذا كان قبوله فى المعاملات تتضمن قبوله فى الديانات فى ضمن المعاملات
فيقبل قوله فيها ضرورة وكم من شئ لا يصح ويصح ضمنا الا ترى ان بيع حق
الشرب وحده لا يجوز وبيعه مع الارض يجوز فكذا هنا حتى اذا كان له خادم
او اجير مجوسى فارسله ليشترى له لحما فقال اشتريته من يهودى او
نصرانى او مسلم وسعه اكله وان قال اشتريته من مجوسى لا يسعه اكله
لانه لما قبل فى حق الشراء منه لزمه قبوله فى حق الحل والحرمة ضرورة لما ذكرنا
وان كان لا يقبل قوله فيه مفيدا بان قال هذا حلال او هذا حرام انتهى
كلامه فظهر انه لو حمل الحل والحرمة فى كلام الكنز على الحل والحرمة فى ضمن
المعاملات لم يكن كلامه سهوا وفى كلام المص اشارة الى ما ذكره الزيلعى تامل
وقبل قول العبد والامة والصبى فى الهدية اى اذا جاء العبد والامة او الصبى
بشئ فى يده فقال اهدى فلان اليك هذا الشئ قبل قولهم لان الهدايا
تبعث عادة على ايدى هؤلاء وكذا اذا جاءت الامة وقالت لرجل بعثنى مولاى
اليك هدية وسعه ان ياخذها ويستعملها ويطأها بهذا الخبر لانه لا فرق
بينهما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها ولان قبول الهدية من باب
المعاملات وقول هؤلاء مقبول فى المعاملات لان شرط القبول فى المعاملات
التمييز لا غير فاذا كان المخبر مميزا يقبل قوله عبدا كان او حرا مسلما كان او كافرا
صغيرا كان او كبيرا ولا يشترط العدالة فيها لان وقوع المعاملات كثير واشتراط
العدالة فيها يفضى الى الحرج بخلاف الديانات فان وقوعها قليل فلا يفضى

اشتراط العدالة فيها الى الحرج فان قيل انحل وطئ الامة التي قالت لرجل بعثني
مولاي اليك هدية من باب الديانات فكيف تقبل قول الامة فيها قلنا انحل وطئها
انما يثبت في ضمن قبول نفسها هدية لا قصدا ورب شئ لا يثبت قصدا ويثبت
ضمنا والاذن كما اذا قال العبد والصبي انا ماذون فلان لانه لو لم يقبل قوله في
الاذن لوقع الناس في الحرج العظيم لانه لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن
عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق وخبر الوكالة مثل الاذن وشرط
العدل في الديانات لانها لا يكثر وقوعها مثل وقوع المعاملات فلا يفضي اشتراط
العدالة فيها الى الحرج كما في المعاملات فلا يقبل فيها قول الفاسق والكافر
والصغير لعدم عدالتهم اما الفاسق فظاهر وكذا الكافر واما الصغير
فلانه ليس من اهل العدالة ولان الكافر والصغير ليسا من اهل ان يلتزما حكما
من الديانات فليس لهما ان يلزما غيرهما وكذا لا يقبل قول العبد والاماء في الديانات
اذا كانا فاسقين واما اذا كانا عادلين فيقبل قولهما فيها لترجح جانب الصدق
بالعدالة كالخبر عن نجاسة الماء فيتيمم اذا اخبرتها مسلم عدل ولو وصلية
انثى او عبد يعني يقبل قول الواحد العدل المسلم ولو انثى او عبدا في اخبار نجاسة
الماء فلا يتوضا به بل يتيمم ويتحرى في الفاسق والمستور يعني لو اخبر الفاسق
او المستور بنجاسة الماء لا يقبل قوله بل يتحرى ثم يعمل بغالب رايه ان كان اكبر رايه
انه صادق تيمم وان كان انه كاذب يتوضا ولو اراق ذلك الماء فتيمم عند غلبة
صدقه وتوضا وتيمم عند غلبة كذبه كان احوط لان التحري دليل ظني فلا
يسقط به احتمال الكذب فلو اراقه ثم تيمم عند غلبة صدقه لكان احوط
قال في الهداية ومن الديانات الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك يعني ان الحل
والحرمة يقبل فيها خبر الواحد العدل كالحل الاكل والشرب والاطعام ولو اخبر بحله
يجوز الاكل والشرب لان الحل والحرمة حق الله تعالى فيثبت خبر الواحد العدل
ولا يخرج عن ملكه لان بطلان الملك لا يثبت بخبره وليس من ضرورة ثبوت الحرمة

الحرمة بطلان الملك واما اذا تضمن زوال الملك فلا يقبل قوله كما اذا اخبر رجل وامراة
عدل الزوجين بانهما ارتضعا من امراة واحدة لا يقبل بل لا بد فيها من شهادة رجلين
او رجل وامراتين لان الحرمة هنا مع بقاء النكاح غير متصور فكان متضمنا لزوال الملك

فصل في بيان اللبس الكسوة منها اي من الكسوة فرض وهو ما يستر
العورة ويدفع ضرر الحر والبرد لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي ما يستر عوراتكم
عند الصلوة ولانه لا يؤدي الصلوة الا بستر العورة فتكون فرضا لان كل ما لا يتوصل
الى الفرض الا به فهو فرض فالكسوة فرض فصار نظير الطعام والشراب الفرض
والاولى كونه من القطن او الكتان قال في الاختيار وهو المأثور وابعد عن الخيلاء
بين النفيس والخسيس لانه لو كان خسيسا يحتقر ولو كان نفيسا ياخذه
الجبابرة وعن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن الشهرتين وعما كان في نهاية
النفاسة وما كان فيه نهاية الخساسة وخير الامور اوسطها وينبغي ان يلبس الغسيل
في عامة الاوقات ولا يتكلف الجديد كذا في الاختيار ومستحب وهو الزائد لاخذ الزينة
واظهار نعمة الله تعالى قال في الاختيار الكسوة منها فرض وهو ما يستر العورة ويدفع
الحر والبرد قال الله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد اي ما يستر عوراتكم عند الصلوة
ومستحب وهو ستر العورة واخذ الزينة قال صلى الله عليه وسلم ان الله يحب ان
يرى اثر نعمته على عبده انتهى اقول في كل من كلام المص والاختيار بحث اما في كلام
المص فلانه ان اراد باخذ الزينة ستر العورة كما ذكره في الاختيار في تفسير الاية المذكورة
فليس هذا بزايد على الفرض بل عين الفرض وان اراد به اخذ الشهرة والتلذذ
الدنياوي فهو ليس بمستحب بل مباح او مكروه وان اراد به اظهار نعمة الله تعالى
فلا بد من بيانه واما في كلام الاختيار فلانه ان اراد باخذ الزينة ستر العورة
كما فسره اولا في الاية المذكورة فلا مغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه فلا
يكون مستحبا بل فرضا وان اراد به اظهار اثر نعمة الله تعالى كما دل عليه ما رواه

مرفوعا فاللايق ان يذكر مجئ اخذ الزينة بمعنى اظهار اثر نعمة الله تعالى قال في
الخلاصة نقلا عن النوازل خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وعليه

مطلب قيمة رداء النبي عليه السلام

رداء قيمته الف درهم وربما قام الى الصلوة وعليه رداء قيمته اربعة الاف
درهم وابوح كان يرتدى برداء قيمته اربعمائة دينار وكان يقول لتلامذته
اذا رجعتم الى اوطانكم فعليكم بالثياب النفيسة وقال الامام السرخسي ينبغي ان
يلبس في عامة الاوقات الغسيل ويلبس الاحسن في بعض الاوقات اظهارا لنعمة الله
تعالى ولا يلبس في جميع الاوقات لان ذلك يوذى المحتاجين ومباح وهو الثوب
الجميل للتزين في الجمع والاعياد ومجامع الناس ومن هذا القبيل من ذكرناه عن
الخلاصة من رداء رسول الله صلى الله عليه وسلم ورداء ابوح وقد روى ايضا انه
صلى الله عليه وسلم كان فيه فنك يلبسها يوم عيد واهدى له المقوقس قباء

مطلب ارخاء طرف العمامة بين كتفيه

مكفوفا بالحرير كان يلبسه للجمع والاعياد ومكروه وهو اللبس للتكبر للنهى عنه
ويستحب الابيض لقوله صلى الله عليه وسلم خير ثيابكم البيض وان الله تعالى
يحب الثياب البيض والاسود كذا في السير الكبير ذكره في الخلاصة ويكره الاحمر
والمعصفر لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنه والسنة ارخاء طرف العمامة
بين كتفيه قدر شبر وقيل الى وسط الظهر وقيل الى موضع الجلوس والمروى
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الارخاء بين كتفيه ثم اختلفوا في قدر المرسل
على هذه الاقوال الثلاث لعدم التيقن بالقدر واذا اراد تجديد لفها نقضها
كما لفها اى لا يلقيها على الارض دفعة واحدة بل ينقضها كورا كورا كذا نقل عنه
صلى الله عليه وسلم ولا باس بلبس القلانس وقد صح انه كان لرسول الله صلى الله
عليه وسلم قلانس يلبسها ويحل للنساء لبس الحرير ولا يحل للرجال الا قدر اربع
اصابع كالعلم والاصل ما رواه ابو موسى الاشعري رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه
وسلم احل الذهب والفضة والحرير للاناث من امته وحرم على ذكورها وروى كثير

كثير في معناه وقال في الخلاصة ان كان الثوب من غير الحرير وعلمه من الحرير ان كان
قدر اربع اصابع مضمومة لا بأس به فان زاد على اربع اصابع يكره فقدر اربع
اصابع عما كانت مضمومة لا منشورة وقيل منشورة في العرض دون الطول وقيل
قدر اصابع كما هى وقال في قاضيخان روى بشر عن ابوح انه لا بأس بالعلم في الثوب
من الحرير اذا كان اربع اصابع او دونها ولا باس بتوسده اى استعمال الوسادة من
الحرير تحت راسه او جنبه وافتراشه عند ابوح خلافا لهما قال في الخلاصة وتعليق
الستور من الحرير على الابواب والحيطان على هذا الخلاف ثم ذكره المصنف اتفاق
الامامين في ذلك هو وضع الصدر الشهيد والقدورى وذكر ابو الليث قول ابي يوسف
مع ابوح فعلم منه ان عن ابي يوسف روايتين ولا باس بلبس ما سداه ابريسم ولحمته
غيره من القطن او الكتان او الخبز سواء كان غالبا او مغلوبا او مساويا للحرير
مختلطا او حالا لان الثوب لا يصير ثوبا الا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هى المعتبرة
ولان اللحمة تظهر في المنظر فيكون العبرة لما يظهر دون ما يخفى قال في المصباح السدى
وزان الحصى من الثوب خلاف اللحمة وهو ما يمد طولا في النسج ولحمة الثوب بالفتح
ما ينسج عرضا والضم لغة فيه انكره الكسائي وعكسه اى ما لحمته ابريسم وسداه

مطلب لا يجوز لبس الحرير الا في الحرب

غيره لا يلبس بالاجماع الا في الحرب للضرورة فيه ولانه يرى مهيبة في عين العدو
ويكره لبس خالصه فيها اى في الحرب عند ابوح خلافا لهما لما روى انه صلى الله عليه
وسلم رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولابوح اطلاق النصوص الواردة في
النهى عن لبس الحرير لانه لا يفصل فيها بين حال وحال والضرورة المرخصة في الحرب
اندفعت بالمخلوط الذى لحمته حرير فلا حاجة الى الخالص ويجوز للنساء التحلى بالذهب
والفضة لا للرجال لورود النهى عنه في حق الرجال دون النساء فبقى في حقهن على
الاصل الا الخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة دون الذهب لورود الاثار
في جواز التختم بالفضة دون الذهب والقول بانه لا بأس به غير صحيح على ما في الخلاصة
وكان للنبي صلى الله عليه وسلم خاتم فضة وكان في يده الشريفة حتى توفى ثم في يد

ابي بكر الى ان توفي ثم في يد عمر الى ان توفي ثم في يد عثمان الى ان وقع من يده في البئر فانفق مالا عظيما في طلبه فلم يجده ووقع الخلاف فيه بينهم والتشويش من ذلك الوقت الى ان استشهد رضي الله عنه ولا ينقش في خاتمه صورة انسان او طير او هوام او حيوان بل ينقش اسمه او اسم ابيه او اسم من اسماء الله تعالى ولا ينقش محمد رسول الله لانه نقش خاتم رسول الله صلى الله عليه وسلم بثلاثة اسطر كل كلمة سطر ونقش خاتم ابي بكر رضي الله عنه نعم القادر الله ونقش خاتم عمر رضي الله عنه كفى بالموت واعظا يا عمر ونقش خاتم عثمان رضي الله عنه لتصبرن او لتندمن ونقش خاتم علي رضي الله عنه الملك لله وخاتم ابي حنيفة قل الخير والا فاسكت ويجوز مسمار قال في المصباح المسمار ما يسمر به والجمع مسامير وسمرت عينه كحلتها بمسمار محمي في النار والمراد به ههنا وتد من الذهب في ثقب الفص لانه تابع للفص كالعلم في الثوب فيجوز تبعا للفص ويجوز كتابة الثوب بذهب او فضة لانها تابعة للثوب فيجوز وشد السن بالفضة ولا يجوز شد السن بالذهب عند ابي حنيفة خلافا لهما جعل ابا يوسف مع محمد وهو اختيار بعض المشايخ وجعله بعضهم مع ابي حنيفة واذا سقط السن هل يعيدها الى مكانها ففي الخلاصة لا يعيدها لكن يأخذ سن شاة ذكية ويضعها مكانها وقال ابو يوسف يأخذ سن نفسه ولا يأخذ سن غيره وتجوز الصلوة مع سنه ولا تجوز مع سن غيره وبينهما فرق لم يحضره قال محمد تجوز الصلوة مع سن غيره اذا كانت مشدودة بالذهب او الفضة ولا يتختم بحجر ولا صفر ولا حديد لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التختم بها وقيل يباح بالحجر اليشب قال في الخلاصة نقلا عن الجامع الصغير لا يتختم الا بالفضة ثم قال وهذا نص على ان التختم بالحجر الذي يقال له يشم حرام والاصح انه لا بأس به ثم قال اذا تختم بالفضة ينبغي ان يكون الفص الى بطن الكف بخلاف النساء ويجعله في اليد اليسرى في الخنصر وقوله صلى الله عليه وسلم اجعلها في يمينك كان في الابتداء ثم صار ذلك من علامات اهل البغي والحلقة هي المعتبرة وانما يجوز التختم بالفضة اذا كان على هيئة خاتم الرجال

مطلب نقش خاتم نبينا عليه السلام والخلفاء الراشدين وابي حنيفة

مطلب جوز نقش الثوب بالذهب

مطلب ولا يتختم بحجر ولا صفر ولا حديد

الرجال اما اذا كان على هيئة خاتم النساء بان كان له فصان او ثلاثة يكره للرجال اتخذ خاتم فضة وجعل فصه من عقيق او فيروزج او ياقوت ونقش اسمه او اسما من اسماء الله تعالى لا بأس به انتهى وترك التختم افضل لغير السلطان والقاضي وقال في الخلاصة ونحوهما ممن احتاج الى التختم ويجوز الاكل والشرب من اناء مفضض والجلوس على سرير مفضض بشرط اتقاء موضع الفضة ويكره عند ابي يوسف وعند محمد روايتان في رواية مع ابي حنيفة وفي رواية مع ابي يوسف ويكره الباس الصبي ذهبا او حريرا لانه لما حرم لبسهما حرم الباسهما ايضا كالخمر لما حرم شربه حرم سقيه ايضا واثمه على الملبس ويكره حمل خرقة لمسح العرق او المخاط او الوضوء ان كان للتكبر وان كان للحاجة فلا يكره هو الصحيح قال في الخلاصة ان كل ما كان على وجه التكبر يكره وما كان للحاجة لا يكره ونظيره التربع في الجلوس والاتكاء ان فعل تكبرا يكره وان فعل لحاجة لا يكره والرتم لا بأس به وهو خيط التذكر يعقده في اصبعه او في خاتمه ليتذكره كما في عادة الحالية والرتيمة بمعنى الرتم

فصل في النظر ونحوه من المس والمصافحة وتقبيل اليد ويحرم النظر الى العورة من رجل او امرأة الا عند الضرورة كالطبيب والخاتن والخافضة وفي المغرب الخفض للجارية كالختن للغلام وجارية مخفوضة اي مختونة والقابلة اي المرأة التي تقطع سرة الولد عند الولادة فانهما لو نظرا عند الخفض والقطع والولادة فرج المرأة تجوز للضرورة والحاقن اي من يستعمل الحقنة فانه لو نظر الدبر الرجل عند الحقنة تجوز للضرورة ولا يتجاوز قدر الضرورة لان ما ثبت بالضرورة لا يتجاوز محلها وينظر الرجل من عضو الرجل الى ما سوى العورة وهي ما تحت سرته الى تحت الركبة فالركبة عورة لا السرة لكن حكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في الفرج وقد بينت في الصلوة وبيناه ثمه ايضا وتنظر المرأة حرة او امة مسلمة او كافرة كما في القهستاني من عضو المرأة حرة او امة

قف على جواز الرتم

مسلمة او كافرة كما سبق ومن عضو الرجل الى ما ينظر الرجل من عضو الرجل
اعني ما تحت السرة الى ما تحت الركبة لكنه ان امنت المرأة الناظرة الشهوة لان
ما ليس بعورة لا يختلف فيه النساء والرجال والا فلا يجوز النظر وينظر الرجل الى
جميع بدن زوجته وامته التي يحل له وطئها لقوله صلى الله عليه وسلم غض بصرك
الا عن امتك وامرأتك قيد الامة بمن يحل الوطئ لانها اذا لزمت عليه كالامة المجوسية
او المشركة او كانت امة او اخته من الرضاع او ام امرأته او بنتها فلا تحل له النظر
الى فرجها ومن محارمه اي من لا يجوز له نكاحه على التأبيد كان او سببا كالرضاع
والمصاهرة وامة غيره الى الوجه والرأس والصدر والساق والعضد لان بعض
المحارم يدخل بعضها بلا استيذان والمرأة في بيتها في ثياب البذلة عادة فلو حرم
النظر الى هذه المواضع منها لادى الى الحرج ولا باس بمسه اي مس الرجل عضوا من
الاعضاء المذكورة من محارمه ومن امة غيره كما لا باس في النظر اليه لكنه لا مطلقا
بل بشرط امن الشهوة في النظر والمس والا فلا يجوز اصلا ولا ينظر الى البطن
والظهر والفخذ من محارمه ومن امة غيره وان وصلية امن الشهوة اذ لا ضرورة
في كشف هذه الاعضاء بخلاف الاعضاء السابقة ولا الى الحرة الاجنبية الا الى الوجه
والكفين ان امن الشهوة للضرورة في النظر الى الوجه والكفين لحاجتهما اليه
في المعاملة في الاخذ والاعطاء والا اي وان لم يامن الشهوة فلا يجوز النظر الى الوجه
والكفين ايضا لغير الشاهد عند الاداء والحاكم عند الحكم فانه يجوز للشاهد
عند اداء الشهادة ان ينظر الى وجه المرأة وان خاف ان يشتهي لضرورة الاداء
وينبغي ان يقصد بنظره اداء الشهادة لا قضاء الشهوة وكذا الحاكم يجوز له ذلك
عند الحكم لضرورة القضاء ويقصد به القضاء وكذا الطبيب يجوز له ان ينظر الى
موضع المرض لضرورة الدواء لا غيره لعدم الضرورة في غيره ويقصد به الدواء
ولا يجوز مس ذلك اي مس وجه الاجنبية ولا كفيها وان وصلية امن الشهوة
ان كانت شابة لوجود المحرم وانعدام الضرورة والبلوى ويجوز مس وجهها

وجهها وكفيها ان كانت عجوزا لا تشتهى لعدم المحرم وكذا مصافحتها او كان
هو شيخا يامن على نفسه وعليها لعدم المحرم ايضا ويجوز النظر والمس مع خوف
الشهوة عند ارادة الشراء او النكاح يعني يجوز له النظر والمس كل موضع يجوز
له ان ينظر اليه ويمس به كالصدر والساق والذراع والراس وتحت شعرها ان
امن الشهوة والا فلا الا عند قصد الشراء او النكاح فانه ح يجوز له النظر والمس
بتلك المواضع وان لم يأمن الشهوة لضرورة الشراء والنكاح ثم جواز المس في
شراء الامة لا في نكاح الحرة والعبد مع سيدته كالاجنبي حتى لا يجوز لها ان تبدي من
زينتها الا ما يجوز ان تبديه للاجنبي ولا يحل له ان ينظر من سيدته الا ما يجوز ان
ينظر اليه من الاجنبية وقال مالك والشافعي نظر العبد الى سيدته كنظر الرجل الى
محارمه والمجبوب اي من يقطع آلته والخصي اي من يقطع خصيته كالفحل
اما المجبوب فلانه يسحق فينزل قيل ان كان المجبوب قد جف لا بأس في اختلاطه
مع النساء لوقوع الامن من الفتنة واما الخصي فلقول عائشة رضي الله عنها الخصاء مثلة فلا
يبيح ما كان حراما قبله وقيل هو اشد الناس جماعا لان آلته لا تفتر بالانزال
وكذا المخنث في الردى من الافعال كالفحل فلا يجوز اختلاطه مع النساء لانه كغيره
من الرجال بل هو من الفساق فيبعد عن النساء بخلاف من كان مخنثا لتكسر ولين
في اعضائه ولسانه ولا يشتهي النساء فانه قد رخص له بعض مشايخنا في الاختلاط
بالنساء ويكره للرجال ان يقبل منا لتقبيل الرجل او يعانقه في ازار بلا قميص
وعند ابي يوسف لا يكره قيل ان كان على وجه الشهوة يكره وان كان على وجه البر والكرامة
لا يكره وقيل اول من عانق ابراهيم خليل الله عليه السلام مع الاسكندر في مكة ولا باس
بالمصافحة لما روي ان انسا رضي الله عنه قال قلنا لرسول الله صلى الله عليه وسلم اينحني
بعضنا لبعض قال لا قلنا ايعانق بعضنا بعضا قال لا قلنا ايصافح بعضنا بعضا
قال نعم وتقبيل يد العالم والسلطان العادل اي لا بأس به لانه تعظيم لمن هو اهل
له ويعزل عن امته بلا اذنها لقوله صلى الله عليه وسلم لمولى الامة اعزل عنها ان شئت

مطلب يكره تقبيل الرجل بلا ازار ولا باس تقبيل يد العالم

مطلب يجوز العزل عن الامة

ولان الامة ليس لها حق الوطء فلا يحتاج الى الاذن ... على ... النسفي

لا عن زوجته لنهيه صلى الله عليه وسلم عن العزل عن الحرة الا باذنها العزل ان يطأها
فاذا قرب الى الانزال اخرج الآلة ولم ينزل فى الفرج ولا تعرض الامة على البيع اذا
بلغت حد الشهوة فى ازار واحد اى ما يسترها بين السرة الى الركبة لان ظهرها
وبطنها عورة لا يجوز كشفهما فلا يعرض على البيع مكشوفا فصل فى الاستبراء
يقال استبرأ الجارية بمعنى طلب براءة رحمها من الحبل واعلم ان الاستبراء واجب وله
سبب وعلة وحكمة اما وجوبه فلقوله عليه الصلوة والسلام فى سبايا اوطاس الا
لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة لان هذا النهى
مع وجود الملك واليد لا يكون الا للوجوب واما سببه فهو استحداث الملك واليد
سبب من اسباب الملك واما علته فهو ارادة الوطئ واما حكمته فهو التعرف عن براءة
الرحم صيانة للماء المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشباه وذلك عند
حقيقة الشغل او توهمه بماء محترم بان لا يكون من بغى من ملك امة بشراء او غيره
كهبة او وصية او ميراث او بدل خلع او مهر او صلح يحرم عليه وطئها ودواعيه
من المس والقبلة والنظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئ بحيضة فيمن تحيض
وشهر فى غيرها من الصغيرة والآيسة والمنقطعة عن الحيض فان الشهر قائم
مقام الحيض فى العدة فكذا فى الاستبراء فاذا حاضت فى اثنائه بطل الاستبراء بالايام
لان القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل تبطل حكم البدل كالمعتدة
بالشهر اذا حاضت وفى مرتفعة الحيض لا باياس بان صارت ممتدة الطهر وهى
ممن تحيض بثلاثة اشهر وعند محمد باربعة اشهر وعشر ايام وفى رواية عن
محمد بنصفها اى شهران وخمسة ايام وقيل يتركها حتى يتبين انها ليست
بحامل وفى الحامل بوضعه اى الحمل ولو وصلية كانت اى من ملك امة يحرم عليه وطئها
حتى يستبرئ ولو كانت تلك الامة بكرا او مشرية من امرأة او مال طفل بان باعه
ابوه او وصيه او اشتراه من مال عبده الصغير او ممن يحرم عليه وطئها لوجود السبب
وهو استحداث الملك واليد وتحقق العلم بعدم وطئ المولى مما لا اثر له فيه لان الاحكام

الاحكام تدور على الاسباب وصورة الاخير سلمن ورث الامة وهى موطئة ابيه او اخته
رضاعا ويستحب الاستبراء للبايع ولا يجب عليه يعنى اذا اراد المولى ان يبيع امته
وقد كان يطأها يستحب له ان يستبرئها قبل البيع بحيضة وليس ذلك بواجب عليه
كذا فى الحاوى القدسى وقال فى قاضيخان من اراد ان يشترى جارية ولا يلزمه الاستبراء
فالحيلة ان يزوجها البايع من رجل يثق به ثم يبيعها من المشترى فيقبضها
المشترى ثم يطلقها زوجها ويستحب للبايع ان يستبرئها قبل ان يزوجها انتهى
فعلى هذا المناسب ان يذكر هذه المسئلة فى بيان الحيلة ولا تكفى فى الاستبراء
حيضة ملكها اى الامة فيها اى فى تلك الحيضة يعنى فى اثنائها ولا الحيضة التى
رأتها قبل القبض بعد استحداث الملك بالشراء او غيره من اسباب الملك من
الهبة والوصية والارث خلافا لابى يوسف فيهما فانه يقول تكفى كل من هاتين
الحيضتين لحصول المقصود بها وهو تعرف براءة الرحم قلنا الواجب عليه
هو الحيضة وهو اسم للكاملة وهى فى الاولى لم تكمل بعد استحداث الملك بل وجد
بعضها بعده وفى الثانى وجدت الحيضة قبل ان يجب عليه باستحداث الملك
او قبل الاجازة فى بيع الفضولى يعنى باع الفضولى امة رجل من رجل فحاضت الامة
بعد البيع قبل اجازة المولى البيع لا تكفى تلك الحيضة فى الاستبراء سواء كان المشترى
قبضها او لم يقبضها بل لا بد له من الحيضة بعد الاجازة والقبض وكذا الولادة
اى لا تكفى الولادة الحاصلة بعد وجود اسباب الملك من البيع والهبة وغيرهما
قبل القبض لتحقق ملك الولادة قبل تمام السبب فانه السبب وهو استحداث الملك
انما يتم بالقبض وفيه خلاف ابى يوسف ايضا وتكفى حيضة وجدت بعد القبض
وهى اى الامة مجوسية فاسلمت لان تلك الحيضة وجدت بعد السبب وهو استحداث
الملك مع اليد فتكفى من الاستبراء وكذا لو اشترى امة مسلمة ثم كاتبها وحاضت
وهى فى اثناء الكتابة ثم عجزت عن الكتابة تكفى تلك الحيضة عن الاستبراء لوجودها
بعد السبب بخلاف الحيضة الحاصلة بعد القبض فى الشراء الفاسد قبل ان يشترى

صحيحا فانها لا تكفى ويجب الاستبراء عند تملك نصيب شريكه من جارية مشتركة
بينهما لان السبب قد تم في ذلك الوقت والحكم يضاف الى تمام العلة وهو اخر الاوصاف
لا يجب عند عود الابقة ورد المغصوبة والمستأجرة وفك المرهونة لانعدام السبب
في كل من هذه الصور الاربع وهو استحداث الملك مع اليد وهو سبب متعين ههنا
فادير الحكم عليه وجودا وعدما كذا في الهداية وفسر الابقة في العناية بالتي ابقت
في دار الاسلام ثم رجعت الى مولاها فان ابقت الى دار الحرب ثم عادت اليه بوجه
من الوجوه فكذلك الحال عند ابي ح لانهم لم يملكوها فلم يحدث الملك وعندهما يجب
عليه الاستبراء لانهم ملكوا عندهما ولو اقال البايع البيع قبل قبض المشتري لا يجب على
البايع الاستبراء وكان ابو ح يقول اولا على البايع الاستبراء لانها زالت عن ملكه بالبيع
والان ملكها ثم رجع عنه وقال لا يجب وهو قولهما لان الاقالة فسخ من الاصل فصار
كانه لم يكن ولو اشترى من عبده المأذون له في التجارة امة قد حاضت عنده ان
لم يكن على العبد دين تكفى تلك الحيضة عن الاستبراء لانها كانت في ملكه ويده لانها
دخلت في ملك المولى ويده وقت الشراء وان كان عليه دين مستغرق فكذا عندهما
وعند ابي ح لا تعتد بتلك الحيضة ولو باع جارية على انه بالخيار وقبضها المشتري
ثم ابطل البيع في مدة الخيار لا يجب الاستبراء لعدم خروجها عن ملكه بخلاف ما لو
باعها بيعا فاسدا وسلمها الى المشتري ثم استردها بقضاء او رضاء كان عليه
الاستبراء ولو باع ام ولده او مدبرته وقبضها المشتري ثم استردها لا يجب عليه
الاستبراء ان كان المشتري لم يطأها وان كان وطئها فعليه الاستبراء فلو زوجها
بعد الاستبراء وطلقها الزوج قبل الدخول لا يلزمه الاستبراء في ظاهر الرواية ولو
زوجها قبل الاستبراء وطلقها الزوج قبل الدخول فالمختار انه يجب ولا تكره الحيلة
لاسقاطه اي الاستبراء عند ابي يوسف خلافا لمحمد والوجه ما تقدم في الشفعة
واخذ بالاول اي بقول ابي يوسف ان علم عدم الوطي من المالك الاول اي في الطهر
الذي يوجد فيه سبب الملك واخذ بالثاني اي بقول محمد ان احتمل وطي المالك

مطلب الحيلة في سقوط استبراء الجارية

المالك الاول في الطهر الذي وجد فيه السبب والحيلة ان لم تكن تحته اي تحت المشتري
حرة لانه لو كان تحته حرة لا يتمشى هذه الحيلة لعدم جواز نكاح الامة على الحرة
ان يتزوجها اي يتزوج تلك الامة من يريد شراءها ثم يشتريها هكذا اطلقه
في بعض الكتب ولا بد ان يقيد الشراء بكونها بعد قبض الامة بعد التزوج لما ذكره
في قاضيخان في بيان هذه الحيلة انه اذا اراد ان يشتري الجارية يتزوجها المشتري
قبل الشراء اذا لم يكن في نكاحه حرة ثم يسلمها اليه المولى ثم يشتري منه فلا
يجب عليه الاستبراء وانما شرط تسليم الجارية اليه قبل الشراء كيلا يوجد القبض
بحكم الشراء بعد فساد النكاح بحكم الشراء وقال الامام ظهير الدين عندي يشترط
ان يدخل بها بحكم النكاح قبل الشراء لان ملك النكاح يفسد عند الشراء سابقا
على الشراء ضرورة ان ملك النكاح لا يجامع ملك اليمين فاذا كان فساد النكاح سابقا
على الشراء لم يكن عند الشراء منكوحة ولا معتدة اما اذا دخل بها قبل الشراء فاذا
فسد النكاح يصير معتدة قبل الشراء فلا يلزمها الاستبراء انتهى ما ذكره قاضيخان
وان كانت تحته حرة فالحيلة ان يتزوجها من التزوج البايع قبل البيع او
يزوجها المشتري بعد البيع قبل القبض اي ممن يوثق به في التطليق ثم
يطلق الزوج بعد الشراء والقبض ان زوجها البايع او القبض ان زوجها
المشتري قبل القبض وهذا لانه عند وجود السبب وهو استحداث الملك
المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لكونها منكوحة الغير لا يجب عليه
الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت
معتدة الغير في تلك الحالة هكذا ذكره في الهداية والزيلعي وقال في قاضيخان
في بيان هذه الحيلة ويشترط ان يكون طلاق الزوج بعد قبض المشتري
فان طلقها قبل القبض كان على المشتري ان يستبرئها اذا قبضها في اصح
الروايتين عن محمد لانه اذا طلقها قبل القبض فاذا قبضها والقبض بحكم
العقد بمنزلة العقد فيصير كانه استبراها في هذه الحالة وهي ليست

فى نكاح ولا عدة فيلزم الاستبراء انتهى وانما قيدنا الزوج بمن يوثق به لانه
اذا لم يوثق به ربما لا يطلقها فكان احتيالا عليه فالحيلة فى تمشية هذه الحيلة
ان يزوجها على ان يكون امرها بيده يطلقها متى شاء ومعنى كون امرها بيده
فى التطليق ما ذكره الامام قاضيخان فى فصل النكاح على الشرط اذا زوج المولى
امته من عبده وابتداء المولى فقال زوجتك هذه على ان امرها بيدى فقال العبد
قبلت جاز النكاح ويكون الامر بيد المولى فى التطليق وقال فى قاضيخان ايضا
نقلا عن ابى الليث اذا ابتدات المراة فقالت زوجت نفسى منك على انى طالق
او على ان يكون الامر بيدى اطلق نفسى متى شئت فقال الزوج قبلت جاز
النكاح ويقع الطلاق ويكون الامر بيدها على ما بينّا ثم فارجع اليه فالحيلة فى
تمشية الحيلة المذكورة على وجهين احدهما كون المولى مخيرا فى تطليقها والثانى
كون الامة مخيرة فيه ومن ملك امتين لا يجتمعان نكاحا كالاختين او البنت وامها
نسبا او رضاعا فله وطى احديهما فقط ودواعيه كالقبلة والمس والنظر بشهوة
فان وطئهما او فعل بهما شيئا من الدواعى حرم عليه وطى كل منهما ودواعيه
حتى يحرم من التحريم احديهما بملك اى بان يملكها من الغير بالبيع او الهبة ونحوهما
او نكاح او عتق او كتابة قال فى الزيلعى تمليك البعض من احديهما كتمليك الكل
وكذا اعتاق البعض كاعتاق الكل اما عندهما فظاهر واما عند ابى ح فلانه وان
كان يتجزى لكنه يحرم به الفرج لان معتق البعض كالمكاتب عنده وكتابة احديهما
كاعتاقها فى تحريم فرجها واما لو رهن احديهما او اجر احديهما او دبر فلا يحل
له الاخرى لان فرجها لا تحرم بهذه الاسباب والمراد بالنكاح النكاح الصحيح على ما
يشعر به اطلاقه لانه اذا زوج احديهما بالنكاح الفاسد لا تحل له الاخرى لان فرجها
لا يحرم عليه بالنكاح الفاسد فلا يباح له وطى الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فى النكاح
الفاسد لانه ح تجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح فى التحريم وهل يلزم عليه
الاستبراء بعد تحريم احديهما بهذه الاسباب فقال فى شرح النقاية المستحب ان يمس

مطلب الحيلة فى تعليق المرأة نفسها متى شاءت

ان يمس الاخرى بعد تحريم احديهما حتى يمضى حيضة على المحرمة بالاخراج عن ملكه
بهذه الاسباب وهذا احد انواع الاستبراء المستحب وله انواع آخر منها ما اذا
اراد ان يبيع جاريته ومنها ما اذا اراد تزوجها ومنها ما اذا تزوجها

فصل

فى البيع ويكره بيع العذرة بفتح العين وكسر الذال اى الغائط وكذا بيع كل ما انفصل
عن الآدمى كالشعر والظفر فانه جزء الآدمى انفصل منه ولذا وجب دفنه على ما فى
شرح النقاية نقلا عن التمرتاشى وغيره والمراد بالكراهة البطلان على ما فى شرح النقاية
ايضا خالصة عن التراب لانها نجس عين وعن ابى ح يجوز الانتفاع بها خالصة ايضا
وجاز بيعها لو مخلوطة بالتراب وذلك بان يجعل اليها التراب او الرماد دون
العكس فان حمل النجس ممنوع فى الصحيح احترز به عما نقل عن المحيط انه انما
يصح بيع المخلوط لو كان ما خلط فيه من التراب وغيره غالبا والا فلا والصحيح انه يصح
غالبا او مغلوبا وجاز بيع السرقين وقال الشافعى لا يجوز كبيع العذرة قلنا انه مما
ينتفع به فى عموم البلد لاستكثار الريع وان كان نجسا بخلاف العذرة فانه لم يجر
العادة بالانتفاع بخالصها وكذا بيع ما انفصل من غير الآدمى كما فى الكفاية ويكره بيع
طين الاكل وخاتم الحديد والصفر ونحوه كما فى القنية والانتفاع كالبيع فما جاز
بيعه جاز الانتفاع بعينه ايضا سائر الوجوه وما لا فلا ومن راى جارية رجل
مع اخر يبيعها قائلا وكلنى صاحبها به او اشتريتها منه او وهبها لى او تصدق
بها على ووقع فى قلبه صدقه حل له شراؤها منه ووطئها لانه اخبر بخبر صحيح
لا منازعة له فيه وقول الواحد فى المعاملات مقبول بشرط ان يكون مميزا ويجوز
بيع بناء مكة بالاجماع لانه ملك بانيها كمن بنى على ارض الوقف باذن المتولى جاز
بيعه ويكره بيع ارضها واجارتها عند ابى ح خلافا لهما وقولهما رواية عن الامام
لهما ان ارضها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعى بها كبنائها ولابى ح قوله صلى
الله عليه وسلم مكة حرام لا يباع رباعها ولا تورث ولانها حرة معتبرة لانها فناء
الكعبة وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها

السرقين ويجوز بيع الروث لا بيع

مطلب يكره بيع خاتم الصفر والحديد

مطلب يجوز بيع بيوت مكة

فكذا فى حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك البانى وله ايضا قوله صلى الله عليه وسلم
من اجر ارض مكة فكانما اكل الربوا ويكره الاحتكار اى احتباس الطعام لارادة الغلاء
فى الثمن فى اقوات جمع قوت وهو ما يوكل ليمسك الرمق كذا فى المصباح الادميين والبهايم
ببلد يضر الاحتكار باهله بان كان البلد صغيرا بخلاف ما اذا لم يضر باهله بان كان البلد
كبيرا فانه لم يكره لانه حابس ملك نفسه من غير اضرار باهله والاصل فى هذا قوله
صلى الله عليه وسلم الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفى
الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره وتلقى الجلب على هذا التفصيل
ايضا على ما تقدم قبيل باب الاقالة من كتاب البيع ثم تخصيص الاحتكار بالاقوات
كالحنطة والشعير والتبن والقت قول ابى ح ومحمد وعند ابى يوسف يكره الاحتكار
فى كل ما يضر احتكاره بالعامة اى عامة البلد ولو ذهبا او فضة او ثوبا اعتبارا
لحقيقة الضرر لانه هو المؤثر فى الكراهة وقالا المعتبر الضرر المتعارف المعهود
قالوا الاحتكار اذا قصرت المدة لعدم الضرر فيه واذا طالت المدة يكون احتكارا
لتحقق الضرر فيه ثم اختلفوا فى حد المدة قيل انها مقدرة باربعين يوما لقوله
صلى الله عليه وسلم من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله تعالى وبرا الله
منه وقيل مقدرة بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه اجل ويقع
التفاوت فى الماثم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط العاذ بالله وقيل
تقدير المدة للمعاقبة فى الدنيا واما الاثم فيحصل بمجرد الاحتكار وان قلت المدة
والحاصل ان التجارة فى الطعام غير محمودة كذا فى الهداية والزيلعى واذا رفع الى
الحاكم حال المحتكر امره الحاكم ببيع ما يفضل عن حاجته اى حاجة المحتكر فان
امتنع المحتكر عن البيع باع الحاكم عليه اى على المحتكر دفعا للضرر العامة ولا احتكار
فى غلة ضيعته اى ارضه لانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا يرى ان له ان
لا يزرع فكذلك له ان لا يبيع ولا فيما جلبه من بلد اخر لعدم تعلق حق العامة
به لان حق العامة انما يتعلق بما جمع فى المصر وجلب الى فنائها هذا عند ابى ح وعند

مطلب
كراهة الاحتكار

وعند ابى يوسف يكره الاحتكار فيما جلبه من بلد آخر لاطلاق ما روينا فى الاحتكار
وكذا اى يكره احتكار ما جلبه من بلد آخر عند محمد ان كان يجلب منه الى المصر عادة
وهو المختار لان حق العامة تعلق به لانه بمنزلة فناء المصر للعادة الا ترى انه كان
ينقل اليه لو لم يأخذه هو بخلاف ما اذا نقله من بلد بعيد لم تجر العادة بالحمل منه
الى المصر لانه لم يتعلق به حقهم الا ترى انه لو لم يأخذه لم ينقل اليهم فصار كغلة
ضيعته ويجوز بيع العصير ممن يتخذ خمرا لان المعصية لا تقوم بعينه بل بعد
تغيره بخلاف بيع السلاح من اهل الفتنة لان المعصية تقوم بعينه فيكون
اعانة لهم وتسبيبا وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية ولان العصير
يصلح لاشياء كثيرة كلها جائزة شرعا فيكون الفساد الى اختياره هكذا اطلقه
فى الهداية والزيلعى وقال فى شرح النقاية جواز بيع العصير ممن يتخذه خمرا قول ابى ح
وقالا لا يجوز ثم قال وقيل انما لا يكره عند ابى ح اذا باعه من ذمى بثمن لا يشتريه
مسلم بذلك الثمن والا فمكروه بالاتفاق كما فى الخانية وغيره ولو باع مسلم خمرا
واوفى دينه من ثمنها كره لرب الدين اخذه اذ كان المديون مسلما وان كان المديون
ذميا لا يكره والفرق ان البيع فى الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال متقوم فى حق
المسلم فبقى الثمن على ملك المشترى فلا يحل اخذه من البايع وفى الوجه الثانى
صح البيع لانه مال متقوم فى حق الذمى فيملكه البايع فيحل الاخذ منه كذا فى الهداية وقال
فى النهاية عن محمد هذا ان كان القضاء والاقتضاء بالتراضى اما اذا كان بقضاء القاضى
بان قضى عليه بهذا الثمن ولم يعلم القاضى بكونه ثمن الخمر يطيب له ذلك بقضائه
واستشكله الشارح الزيلعى بانه مال الغير فكيف يطيب له بالقضا ومحمد لا يرى
نفوذ القضا باطنا وانما ينفذ ظاهرا فقط وعلى هذا اذا مات مسلم وترك ثمن
خمر باعها لا يحل لورثته ان ياخذوا ذلك لانه كالمغصوب وقال فى النهاية قال بعض
مشايخنا كسب المغنية كالمغصوب لم يحل اخذه وعلى هذا قالوا لو مات رجل
وكسبه من بيع الباذق والظلم او اخذ الرشوة يتورع الورثة ولا ياخذوا منه

مطلب
جواز بيع العصير للخمر

مطلب
كراهة التسعير وجواز شراء
ما لا بد للطفل لاخيه وعمه

شيئا وهو اولى بهم ويردونها على اربابها ان عرفوهم والا تصدقوا بها لان سبيل الكسب
الخبيث التصدق اذا تعذر الرد على صاحبه ويكره التسعير اى تسعير السلطان
او نائبه لقوله صلى الله عليه وسلم لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط
ولان الثمن حق البايع فكان اليه تقديره فلا ينبغي للامام ولا لنائبه ان يتعرض لحقه
الا اذا تعدى ارباب الطعام في القيمة تعديا فاحشا فلا باس به بمشورة اهل
الخبرة لان فيه صيانة حقوق المسلمين عن الضياع فاذا فعل الامام ذلك فتعدى
رجل عن ذلك فباعه بثمن فوق ما قدره الامام او القاضي اجازه القاضي ولا يمنعه عنه
لان الثمن حقه قالوا وهذا يشكل على قول ابي ح لانه لا يرى الحجر على الحر العاقل البالغ
وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الامام جاز
بلا كراهة لانه غير مكره على البيع وانما باع برضاه كذا في الهداية وقال في الزيلعي نقلا
عن المحيط والاختيار ان البايع اذا كان يخاف انه ان نقص عما قدره القاضي يضربه
الامام لا يحل للمشتري ذلك لانه في معنى المكره والحيلة فيه ان يقول بعني بما تحب فح
باي شيء باعه يحل ولو اصطلح اهل بلد على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك فيما بينهم
فاشترى رجل منهم خبزا بدرهم او لحما فاعطاه البايع ناقصا والمشتري لا يعرف
ذلك كان له ان يرجع بالنقصان اذا عرف لان المعروف كالمشروط وان كان المشتري
من غير اهل تلك البلد كان له ان يرجع بالنقصان في الخبز دون اللحم لان سعر الخبز
يظهر عادة في البلدان وسعر اللحم لا يظهر الا نادرا فيكون شارطا في الخبز مقدارا
معينا باعتبار العرف وفي اللحم لا ويجوز شراء ما لا بد للطفل منه كالنفقة والكسوة
وبيعه اى يجوز بيع ما لا بد للطفل من بيعه لاخيه الجار متعلق بيجوز والضمير راجع
الى الطفل وكذا الضمير في قوله وعمه وامه وملتقطه ان كان هو اى الطفل في حجرهم
قال في الهداية واصل هذا ان التصرف على الصغار انواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية
لا يملكه الا من هو ولي له كالانكاح والبيع والشراء لاموال القنية لان الولي هو الذي قام
مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير

للصغير منه وبيعه واجارة الاظئار وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ
والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء هذا النوع من التصرف
فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث
ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم
والصبي بنفسه ايضا اذا كان يعقل لان اللايق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي
فيملكه بالعقل وههنا نوع رابع لم يذكره صاحب الهداية وذكره في الزيلعي وغيره
وهو ما كان ضررا محضا للطفل كالطلاق والعتاق ولا يملكه احد بمثل هذا على الصغير
وما ذكره المص هو النوع الثاني مما ذكره صاحب الهداية الا ان المص لم يذكر الولي
فيه بل ذكر من يشترط فيه كون الطفل في حجرهم من ارباب هذا النوع وتؤجره
اى الطفل امه فقط اى اذا كان في حجرها لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه فكذا
تملك ايجاره ولا كذلك الملتقط والاخ والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب
بالضرر الا اذا فرغ من العمل لانه عند الفراغ من العمل تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير
العبد المحجور يواجر نفسه قال في الزيلعي والاقرب ان الملتقط يجوز ان يوجر الطفل
ويسلمه في صناعة لانه نفع محض للصغير على ما هو رواية الملتقط فعلم منه انه
يجوز للاخ والعم ذلك كذلك **فصل في المتفرقات** تجوز المسابقة في
السهام والخيل والحمير والبغال والابل والاقدام لانها من اسباب الجهاد ويحتاج
اليها في اقامة هذه الفريضة فان شرط فيها جعل بضم الجيم من احد الجانبين
بان يقول احدهما لصاحبه ان سبقتني فلك كذا وان سبقتك فلا شيء او من
ثالث بان يقول للثالث ان سبقتنا فالمال لك وان سبقناك فلا شيء
لا سبقهما متعلق بشرط جاز لما فيه من التحريض على اسباب الجهاد وان
شرط الجعل من كلا الجانبين يحرم لكونه قمارا الا ان يكون بينهما كفي لهما
بتشديد الياء على وزن فعيل بمعنى النظير اى الا ان يكون بينهما ثالث محلل
بفرس نظير لفرسيهما يتوهم انه سبقهما وانما قيد بالكفي لان الفرس المحلل

مطلب
يجوز ايجار الصبي امه وعمه
ويجوز المسابقة

لو لم يكن مثلهما لم يجز لانه لا فائدة في دخاله بينهما ولم يخرج من ان يكون
قمارا كذا في شرح المجمع فان سبقهما اى ان سبق الفرس المحلل الكفو فرسيهما
اخذ المحلل الجعل منهما وان سبقاه اى ان سبقا المحلل لا يعطيهما المحلل شيئا
من الجعل وفيما بينهما اى فيما اذا كان الجعل فيما بينهما يعنى من كلا الجانبين
ايهما سبق اخذ الجعل من الاخر وان لم يجز هذا الاشتراط كذا في شرح المجمع
والدرر وعلى هذا التفصيل لو اختلفا اثنان في مسئلة واراد الرجوع الى شيخ
وجعلا على ذلك جعلا بان يقول احدهما ان كان الجواب كما قلت فلك كذا وان كان
كما قلت فلم اخذ منك شيئا يجوز حثا له على العلم وان شرطاه لكل واحد منهما
على صاحبه لم يجز كما في المسابقة ووليمة العرس سنة ومن دعى الى دعوة
فليجب وان لم يجب اثم لقوله صلى الله عليه وسلم من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا
القاسم لكنه مقيد بعدم المنكر في الدعوة والا فلا يجيب ولا يرفع منها اى من طعام
الدعوة شيئا لعدم الاذن للرفع وانما الاذن للاكل ولا يعطى سائلا الا باذن
صاحبها استثناء من كل من الرفع والاعطاء وان علم المدعو ان فيها لهوا لا يجيب
لانه منكر وحضور المنكر حرام وان لم يعلم ان فيها منكرا حتى حضر فان قدر على المنع
فعل المنع لانه نهى عن المنكر وهو فرض عند القدرة عليه والا اى وان لم يقدر على
المنع فان كان مقتدى بهم بان كان سلطانا او قاضيا او مفتيا او عالما من العلماء يقتدى به
او كان اللهو على المائدة فلا يقعد لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين
والا اى وان لم يكن مقتدى به ولا اللهو على المائدة فلا باس بالقعود رعاية لحق الداعى قال
الامام ابو حنيفة ابتليت على صيغة المفعول به مرة فصبرت وهو محمول على ما قبل ان يصير
مقتدى ودل قوله ابتليت على حرمة كل الملاهى لان الابتلاء انما يكون بالمحرم و[illegible]
اى من الكلام ما يوجر به كالتسبيح ونحوه من الاذكار والادعية الماثورة وقد ياثم به
اى بالتسبيح اذا فعله اى التسبيح في مجلس الفسق وهو يعلمه اى الفسق وان قصد
به فيه اى بالتسبيح في مجلس الفسق الاعتبار والانكار على اهل المجلس ممن يعمل الفسق

مطلب وليمة العرس سنة وهل يثاب الذاكر في مجلس الفسق

الفسق فحسن لما فيه من النهى عن المنكر ويكره فعله اى التسبيح للتاجر عند فتح
متاعه لما فيه من جعل التسبيح وسيلة الى وصول التجارة وفي كتاب الحظر والاباحة
من قاضيخان الحارس في الحراثة اذا قال لا اله الا الله وما اشبه ذلك والفقاعى
يقول عند فتح الفقاع للمشترى صلى الله على محمد قالوا يكون اثما بخلاف العالم اذا
قال في المجلس صلوا على النبى فانه يثاب على ذلك وكذا الغازى اذا قال كبروا
يثاب على ذلك لان الفقاعى والحارس ياخذ بذلك عوضا رجل جاء الى بزاز ليشترى
منه ثوبا فلما فتح المتاع قال سبحان الله او قال اللهم صل على محمد ان اراد بذلك اعلام
المشترى جودة ثوبه ومتاعه كره انتهى وفي البزازية ان سبح على انه يعمل الفسق
اثم كالتاجر يذكر الله تع او يصلى على النبى عليه الصلوة والسلام عند فتح قماشه
او الفقاعى عند فتح فقاعه على قصد ترويج المتاع وتحسينه وعن هذا يمنع اذا قدم
واحد من العظماء الى مجلس فسبح وصلى عليه الصلوة والسلام اعلاما بقدومه حتى
ينفرج له الناس او يقوموا له ياثم لانه جعل اسم الله تعالى وصلاته على رسوله عليه
الصلوة والسلام وسيلة الى تعظيم الغير واستحلال هذا الصنيع واعتقاده عبادة
لا خفاء في انه امر هائل عظيم نعوذ بالله تع انتهى ويكره الترجيع اى ترديد الصوت
بالخفض والرفع بقراءة القران والاستماع اليه وقيل لا باس به والصحيح هو الاول لما فيه
من الالحان وفي الحاوى القدسى الترجيع بقراءة القران بالصوت الطيب مختلف فيه والاصح
انه ان لم يزد فيه الحروف يجوز وان زاد لم يجز وعن النبى صلى الله عليه وسلم انه
كره رفع الصوت عند قراءة القران اى سواء كان من القارى او من السامع وهذا دليل
على حرمة الترجيع بالقران وهذا لان فيه سوء ادب وفي شرح النقاية عن الحقايق ان
قراءة القران بالالحان معصية حتى قال مشايخنا التالى والسامع اثمان وعن المرغينانى
من قال لمثل هذا القارى احسنت فقد كفر وعند الجنازة والزحف والتذكير اى
الوعظ فما ظنك به اى برفع الصوت عند الغناء بالكسر والمد من التغنية الذى يسمونه
الصوفية وجدا يعنى هو اشد حرمة قال في شرح النقاية عن الامام السرخسى انه ما يفعله

مطلب يكره للتاجر الذكر عند فتح متاعه ويستحب للعالم والقارى عند التعليم والنقل

مطلب يكره الترجيع ويكره رفع الصوت عند القراءة والجنازة والوعظ

الذين يدعون الوجد والمحبة مكروه لا اصل له في الدين ويمنع الصوفية مما يعتادونه
من رفع الصوت فان ذلك مكروه في الدين عند قراءة القران والوعظ فما ظنك عند سماع
الغناء فظهر من هنا ان الغناء حرام قال في شرح النقاية الغناء عرفا ترديد الصوت بالالحان
في الشعر مع انضمام التصفيق المناسب فلم يتحقق الغناء بفقدان قيد من الثلاثة كون الالحان
في الشعر وانضمام التصفيق بالالحان ومناسبة التصفيق لها وهو من انواع اللعب وكبيرة في
جميع الاديان حتى يمنع المشركون عن ذلك كما في الاختيار وكره الامام القراءة اي قراءة القران
عند القبر وجوزها محمد وبه اخذ في الفتوى ومنه اي من الكلام ما لا اجر فيه ولا وزر
نحو قم واقعد لانه مباح وقيل لا يكتب عليه اي في كتب اعماله ومنه اي من الكلام ما يأثم
به كالكذب والغيبة ولو بغمز العين والاشارة باليد فانه ايضا حرام على ما في التنوير
والنميمة والشتيمة الغيبة من الاغتياب يقال اغتابه اغتيابا اذا ذكره بما يكره من العيوب
وهو حق والاسم الغيبة فان كان باطلا فهو الغيبة والنميمة اسم من نم الرجل الحديث
نما سعى به ليوقع فتنة او وحشة فالرجل نم تسمية بالمصدر ونمام مبالغة والاسم النميمة
والشتيمة اسم من شتمه شتما الكل في المصباح والكذب حرام في جميع الاديان والاوقات الا في الحرب
للخدعة وفي الصلح بين اثنين وفي ارضاء الاهل وفي دفع الظالم عن الظلم لان في هذه
المواضع مصلحة كثيرة ويكره التعريض به اي بالكذب الا لحاجة كقولك لرجل كل
فيقول اكلت يعني به امس فلا باس به لانه صادق في قصده وقيل يكره لانه كذب في الظاهر
كذا في الاختيار ولا غيبة لظالم ولا اثم في السعي به اي الى السلطان لانه من باب النهي
عن المنكر ومنع الظلم قال في قاضيخان الرجل يصوم ويصلي ويضر الناس باليد واللسان
فذكره بما فيه من الاضرار بالناس لا يكون غيبة وان اخبر السلطان بذلك ليزجره فلا اثم
عليه والحاصل ان مجرد ذكر مساوي اخيه ليس بغيبة ولو لغيظ الوانما الغيبة ان يذكر على
وجه الغضب يريد به السب ولا غيبة الا لمعلوم فاغتياب اهل قرية ليس بغيبة لعدم كون
المغتاب معلوما ويحرم اللعب بالنرد اي بجميع انواعه سواء كان الثلاثة عشر او الاربعة
عشر وهو حرام مسقط للعدالة بالاجماع فانه كبيرة كذا في شرح النقاية والشطرنج قال

مطلب
حكم القراءة عند القبر

مطلب
حلية الكذب في مواضع وحرمة
اللعب بالنرد والشطرنج

قال في المصباح الشطرنج معرب قيل بفتح اوله وقيل بالكسر وهو المختار انتهى وجزم في القاموس
بانه لا يفتح اوله وقال في شرح النقاية نقلا عن الكافي لعب الشطرنج حرام وكبيرة عندنا
وفي اباحته اعانة للشيطان على الاسلام والمسلمين وهو حرام بالاثار والقياس ومن قال انه
لم يثبت حرمته بالكتاب ولا بالسنة ولا بالقياس ليس كما ينبغي وفي شرح المختار ان عليا رضي الله
عنه مر على قوم يلعبون بالشطرنج فلم يسلم عليهم وقال ما هذه التماثيل التي انتم لها عاكفون
وعن ابن عمر رضي الله عنهما مثله ولم يرا بوح باسا بالسلام عليهم ليشغلهم عن اللعب
وقال صاحباه ان السلام عليهم مكروه استحقارا بهم واهانة لهم والاربعة عشر
وهذا تكرار بعد ذكر النرد لانه نوع من النرد على ما ذكرناه الا ان يخص النرد بنوع من اللعب
وهذا بنوع اخر منه وكل لهو اي اللعب بجميع انواعه حرام كالرقص والسخرية والتصفيق
والتعليس وضرب الاوتار بجميع انواعها من الطنبور والمزمار والساز وغيرها ويكره
استخدام الخصيان لانه يكون باعثا للناس على هذا الصنع الشنيع اي اخراج الخصيتين
ويكره ايضا وصل الشعر بشعر آدمي سواء كان شعرها او شعر غيرها لقوله صلى الله عليه
وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة الواصلة هي التي تصل الشعر بشعر الغير او التي تصل
شعرها بشعر اخر والمستوصلة هي التي يوصل لها ذلك بطلبها ويكره قوله في الدعاء اسألك
بمعقد بتقديم العين وتأخير القاف اذ لا خلاف في عدم جواز الدعاء بعكسه اي بتقديم
القاف لانه من القعود وهو محال على الله تعالى العز من عرشك عند ابي ح ومحمد خلافا
لابي يوسف لهما انه يوهم تعلق عزه تعالى بالعرش والعرش حادث وما يتعلق به يكون حادثا
ايضا والله تعالى متعال عن تعلق عزه بالحادث لان عزه قديم كسائر صفاته فلا يتعلق
بالحادث ولابي يوسف ما روي انه صلى الله عليه وسلم كان من دعائه اللهم اني اسألك
بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم الحديث وفي الزيلعي الاحوط
الامتناع عنه لكونه خبر واحد فيما يخالف القطعي او المتشابه يثبت بالقطعي ويكره قوله
في الدعاء اسألك بحق انبيائك ورسلك وكذا بحق البيت والمشعر او الملائكة او فلان
لانه لا حق للمخلوق على الخالق وانما يختص برحمته من يشاء من غير وجوب عليه واستماع الملاهي

مطلب
كراهة استخدام الخصي ووصل الشعر
بشعر ويكره ان يقول في الدعاء
بمعقد العز

مطلب
حرمة استماع الملاهي

مطلب كراهة تعشير المصحف لغير العجم

بانواعه حرام كفعل لورود النهي عنه ولانه من فعل الكفرة ويكره تعشير المصحف اى كتابة
العلامة عند منتهى عشر ايات وذلك بان يكتب العواشر ونقطه لما روى عن ابن مسعود
رضي الله عنه قال جردوا القران وفي التعشير والنقط ترك التجريد الا للعجم اى الا لحفظ القران
ولا يقدر على القراءة الا بالتعشير والنقط فانه اى كل من التعشير والنقط حسن للعجمي
اعانة للحفظ والقراءة وما روينا عن ابن مسعود فبالنسبة الى زمنهم لانهم كانوا يتلقون
القران عن النبي صلى الله عليه وسلم كما انزل وكانت القراءة سهلة عليهم وكانوا يرون النقط
مخلا لحفظ الاعراب والتعشير لحفظ الاى ولا كذلك العجم في زماننا فيستحسن لعجز العجمي
عن التعلم الا به ولا باس بتحليته اى بتحلية المصحف بالذهب والفضة لما فيه من تعظيم
المصحف كما في نقش المسجد وتزيينه ولا باس بدخول الذمي المسجد الحرام وقال مالك
يكره دخوله كل مسجد وقال الشافعي يكره دخوله المسجد الحرام لانه نجس ولانه
لا يخلو عن نجاسة فوجب تنزيه المسجد عنه ولنا انه صلى الله عليه وسلم انزل وفد ثقيف
في المسجد وضرب لهم خيمة فقالت الصحابة المشركون نجس فقال عليه الصلوة والسلام
ليس على الارض من نجاستهم شيء وانما نجاستهم على انفسهم ولا بعيادته لما
روى ان يهوديا مرض بجوار النبي صلى الله عليه وسلم فقال قوموا بنا نعود جارنا
اليهودي فعاده وقعد عند رأسه فقال قل لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر
المريض الى ابيه فقال له ابوه اجبه فاجابه وشهد ان لا اله الا الله وان محمدا
رسول الله ثم مات فقال النبي صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي انقذ بي نسمة
من النار ولان العيادة نوع من البر فيجوز ولا باس برد السلام على الذمي ولا يزيد
على قوله وعليكم فانه عليه الصلوة والسلام لم يزد حين رد على اليهودي على هذا
ولا يبدأ بالسلام عليه لان فيه تعظيمه وان كان له اليه حاجة فلا باس ببدائه به ولا يدعو له
بالمغفرة لان الله تعالى لا يغفر ان يشرك به ولو دعى له بالهدى جاز لانه عليه الصلوة
والسلام قال اللهم اهد قومي ولو دعا له بطول العمر قيل لا يجوز لان فيه التمادي على
الكفر وقيل يجوز لان في طول عمره نفعا للمسلمين باداء الجزية وعلى هذا الاختلاف الدعاء

مطلب لا باس بدخول الذمي المسجد والدعاء له بالهداية والعافية وعيادته

الدعاء بالعافية وهذا كله اذا كان من اهل الكتاب كاليهودي والنصراني وان كان مجوسيا
قيل لا يعوده لانه ابعد عن الاسلام وقيل يعوده لان فيه اظهار محاسن الاسلام
وترغيبه فيه وتاليفهم واختلفوا في عيادة الفاسق والصحيح انه لا باس به واذا مات
الكافر يقول لوالده او قريبه في تعزيته اخلف الله عليك خيرا منه واصلحك ويجوز
اخصاء البهائم لان فيه منفعة البهائم بخلاف الادمي لان في اخصائه قطع لنسل الادمي
فيكره قال في شرح النقاية نقلا عن شيخ الاسلام ان خصاء الفرس حرام واما خصاء
غيره من الحيوانات كالسنور وغيره فلا باس به ان كان فيه منفعة والا فحرام كما في المحيط
ويجوز انزاء الحمير على الخيل لان النبي صلى الله عليه وسلم ركب البغل واقتناها ولو كان
هذا الفعل مكروها لما ركبها لما فيه من فتح باب المكروه ويجوز الحقنة قال في المصباح
حقنت المريض اذا وصلت الدواء الى باطنه من مخرجه بالمحقنة بالكسر واحتقن هو
والاسم الحقنة مثل الفرقة ثم اطلقت على ما يتداوى به انتهى للرجال والنساء لقوله
صلى الله عليه وسلم لكل داء دواء واذا اصيب دواء الداء برئ لا بمحرم كالخمر ونحوها لما رواه
البخاري عن ابن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الله لم يجعل شفاءكم
فيما حرم عليكم ولا باس برزق القاضي من بيت المال لان بيت المال اعد لمصالح المسلمين
والقاضي محبوس بمصالحهم والحبس من اسباب النفقة فكان رزقه فيه كرزق المقاتلة
وكذا رزق كل من يحبس نفسه لمصالح المسلمين كالمفتي كفاية لاندفاع الحاجة بقدر الكفاية
بلا شرط لان القضاء طاعة فلا يجوز اخذ الاجرة عليه بالشرط والمعاقدة بل السلطان
يعطيه كفايته من بيت المال بلا شرط ولا باس بسفر الامة وام الولد بلا محرم لان الامة
بمنزلة المحرم لعامة الرجال فيما يرجع الى النظر والمس فكما يجوز للحرة ان تسافر مع المحرم
فكذا هي مع الاجنبي وام الولد امة لقيام الرق فيها وكذا المكاتبة لانها مملوكة رقبة وكذا
معتقة البعض عند ابح لانها كالمكاتبة عنده وفي الكافي هذا في زمانهم لغلبة اهل الصلاح
فيه واما في زماننا فلا لغلبة اهل الفساد فيه كذا في الزيلعي والخلوة بها اى بالامة قيل
يباح لما ذكرناه من انها بمنزلة المحرم للرجال فيما يرجع الى النظر وقيل لا لاحتمال الشهوة

مطلب يجوز اخصاء البهائم والحقنة

مطلب يرزق القاضي من بيت المال

مطلب يجوز السفر للامة وام الولد بلا محرم

ويكره جعل الراية اى الغل بضم الغين المعجمة وهو الطوق من حديد يجعل فى العنق وجمعه
اغلال كذا فى المصباح وانما كره لانه علامة اهل النار فى عنق العبد وعن ابى الليث ان فى زماننا
جرت العادة بذلك اذا خيف الاباق لا تقييده لانه عادة المسلمين فى المتمردين
ويكره ان يقرض بقالا درهما ليأخذ منه اى من البقال به اى بالدرهم ما يحتاج اليه من
حوائجه الى ان يستغرقه متعلق بيأخذ اى ان يستغرق الدراهم اى يستوفيه وانما
كره ذلك لانه قرض جر نفعا وهو بقاء درهمه وكفاية حاجاته ولو كان فى يده لخرج من
ساعته وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا والمخلص منه ان يودعه اياه
ثم يأخذ منه شيئا فشيئا ما يريده وان ضاع الدرهم عنده فلا شىء عليه لان الوديعة
امانة والامانة لا تضمن والسنة تقليم الاظافير اى قطعها ونتف الابط يقال نتفت
الشعر نتفا نزعته كذا فى المصباح وحلق العانة يبدأ به من تحت السرة كذا فى الاختيار والشارب
وقصه اى قطع الشارب حسن قالوا هذا من سنن الخليل صلوات الله عليه وفعلها
نبينا صلى الله عليه وسلم وامر بها ولا باس بدخول الحمام للرجال والنساء اذا اتزر او استعمل
الازار حذرا عن كشف العورة وغض بصره لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
دخل الحمام وتنور ويستحب اتخاذ الاوعية جمع الوعاء لنقل الماء الى البيوت
وكونها من الخزف وهو الطين المعمول آنية كذا فى المصباح افضل لما روى من اتخذ
اوانى بيته خزفا زارته الملئكة ويجوز اتخاذ من نحاس او رصاص او ادم ولا
يجوز من الذهب والفضة للنهى عنها ولا باس بستر حيطان البيت باللبود
هو ما يتلبد من شعر او صوف للبرد لا فيه دفع ضرر البرد عن نفسه ويكره
للزينة لانها فعل الشيطان وكذا ارخاء الستر على البيت لانه نوع تكبر واذا ادى
الفرائض واحب ان يتنعم بمنظر حسن وجوار جميلة فلا باس لان النبى صلى الله
عليه وسلم فعل كذلك مع ما كان عنده من الحرائر وكذا فعل على رضى الله عنه كذا
فى الاختيار والقناعة بادنى الكفاية من المنظر الحسن والجوارى وصرف الباقى من
الكفاية الى ما ينفع فى الاخرة اولى لما فيه من اختيار العقبى كذا فى الاختيار

كتاب

مطلب كراهة اعطاء القرض للبقال ليأخذ ما يحتاج

مطلب

مطلب لا باس بالتنعم بالجوارى والثياب بعد اداء الفرائض

كتاب احياء الموات

هى اى الموات فى الشريعة ارض لا ينتفع بها شبه ما لا ينتفع به
من الاراضى لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليها وما اشبه ذلك بان غلب عليها الرمال او الحصاة
بالميت من الحيوان الذى بطلت منافعه فسمى مواتا واحياؤه عبارة عن جعله
بحيث ينتفع به عادية لا مالك له وليس المراد بالعادية ان يكون منسوبا الى عاد على ما هو
المشهور لان عادا لم يملك جميع اراضى الموات بل مراده ما قدم خرابه كانها خربت فى
عهد عاد او مملوكة فى دار الاسلام ليس لها مالك معين مسلم او ذمى قال فى العناية
هذا قول بعض المشايخ وقال بعضهم الاراضى المملوكة اذا انقرض اهلها ولم يكن لها
مالك معين فهى كاللقطة يتصرف فيها الامام كما يتصرف فى جميع اللقطات والاموال
الضايعة ولو ظهر المالك بعد ذلك اخذها وضمن له من زرعها ان نقصت بالزراعة
والا فلا شىء عليه وفى القنية ارض غرقت وصارت بحرا ثم نضب الماء عنه او خربت
بوجه آخر ثم جاء انسان وعمرها ففيه اختلاف المتقدمين قيل للمالك القديم وقيل
لمن احياها وفى روضة الناطفى فان كان لها ارباب ولها آثار عمارة من مسنيات وغيرها
ولكن لا يعرفون ذكر هشام عن محمد لا يسع لاحد ان يحييها ولا يأخذ منها طينا وفى رسالة
ابى يوسف الى هارون لمن احياها وليس للامام ان يخرج شيئا من يد احد الا بحق ثابت
معروف قال رحمه الله فهذا يشير الى انه يكون لمن احياها لكن للامام ان يدفعها الى
من اثبت انها كانت ارضه او ارض مورثه وعلى هذا لا يتحقق الخلاف بين ابى يوسف
ومحمد الا قبل اثبات احد حقه فيها فاما اذا ثبت فهو اولى بلا خلاف انتهى كلام القنية
ملخصا وعند محمد ان ملكت فى الاسلام لا يكون مواتا ويشترط عند ابى يوسف
كونها بعيدة عن العامر بحيث لو صيح من اقصاه اى من اقصى العامر لا يسمع فيها
اى فى الارض الموات يعنى لو وقف رجل على طرف عمران المصر او القرية فينادى باعلى
صوته فالى اى موضع ينتهى اليه صوته يكون من فناء العمران لان اهل القرية يحتاجون
الى ذلك الموضع لرعى المواشى ولغيره وما وراء ذلك يكون مواتا اذا لم يعرف له مالك
وعند محمد لا ينتفع بها اهل العامر اى اهل المصر والقرية ولو وصلية قريبة منه

اي من العامر يعني ارض الموات عند محمد ارض لا يملكها في الاسلام ولم ينتفع بها اهل العامر
بانقطاع الماء او لغلبته او ما اشبه ذلك فهي موات سواء كانت قريبة من العامر او بعيدة
منه وسواء كانت من ارض العرب او من غيره في المفاوز او بقرب الجبل من احياها
اي ارض الموات وتفسير الاحياء على ما في النوادر ان يزرعها ويلقي البذر حيث قال في اثبات
احياء الارض لا يكون بالسقي والكراب وانما يكون بالقاء البذر والزراعة حتى لو كربها ولم
يسقها او سقى ولم يكربها لا يكون احياء وفي ظاهر الرواية اذا حفر لها النهر وسقيها
يكون احياء وكذا لو حوطها او سنمها بحيث يعصم يكون احياء بخلاف التحجير على ما
سيأتي بيانه باذن الامام ولو وصلية ذميا ملكها وبلا اذنه لا يملكها عند ابي ح خلافا
لهما قالا لا يشترط فيه اذن الامام لقوله صلى الله عليه وسلم من عمر ارضا ليست لاحد فهو
احق بها رواه البخاري ولانه مباح سبقت يداه اليه فكان احق بها كالماء والحطب والحشيش
والصيد والركاز ولابي ح قوله صلى الله عليه وسلم ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه
ولان هذه الاراضي كانت في ايدي الكفرة ثم صارت في ايدي المسلمين فصارت فيئا
ولا يختص بالفيء احد دون راي الامام كالغنايم بخلاف المستشهد به من الصيد وامثاله لانها لم
لانها لم تكن في ايدي الكفرة فلم تكن في حكم الفيء وما روياه كان اذنا منه عليه الصلوة والسلام
لا نصب شرع كما في قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه فانه تحريض منه بالسلب
لا نصب شرع قال في الزيلعي ولو احياها وترك بعد الاحياء وزرعها غيره قيل الثاني احق
بها لان الاول ملك استغلالها دون رقبتها والاصح ان الاول احق بها لانه ملك رقبتها
بالاحياء فلا تخرج عن ملكه بالترك وهكذا ذكره وصحح في الهداية واستدل على الاصحية
بقوله صلى الله عليه وسلم من احيى ارضا ميتة فهي له لان اللام فيه للتمليك وملكه لا يزول
بالترك واعترض عليه في العناية بان الاستدلال بهذا الحديث انما يصح على مذهب
الامامين واما على مذهب ابي ح فلا يصح لانه حمل على الاذن لا على نصب الشرع فكيف يصح
القول بانه ملكه واجيب عنه بانه وان كان اذنا منه لكنه اذا اذن له الامام كان شرعا الا يرى
ان من قال له الامام من قتل قتيلا فله سلبه ملك سلب من قتله هذا ولا يخفى عليك ان

ان قوله هنا ولو احياها يمكن حمله على رواية النوادر وعلى ظاهر الرواية في تفسير الاحياء على
ما ذكرناه آنفا وقال في الهداية والزيلعي ايضا ولو احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحياء
بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب تعين طريق الاول في الارض الرابعة على
ما هو المروي عن محمد لانه لما احيا الجوانب الثلاث تعين الجانب الرابع وقد ذكرناه
في العشر والخراج ولا يجوز احياء ما قرب من العامر بل يترك مرعى لاهل القرية ومطرحا
لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليه تحقيقا او تقديرا ولا ما اي موضع عدل اي زال
وانكشف الموضع عنه الفرات نهر معروف ونحوها من الانهار واحتمل عوده اليه
اي الى ذلك الموضع لانه مع احتمال العود لا يكون مواتا لتعلق حق العامة اليه على تقدير
العود لان الماء حقهم فكذا موضعه فان لم يحتمل العود جاز احياؤه لانه ح يكون
مواتا ومن حجر ارضا التحجير من الحجر وهو المنع للغير بوضع علامة بحجر او بحصاد ما
فيها من الحشيش والشوك ونفيه عنها وجعله حولها او باحراق ما فيها من الشوك
وغيره وقد ذكرناه في باب العشر والخراج ثلاث سنين تقديره بثلاث سنين لقول
عمر رضي الله عنه ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق ولم يعمرها اشار به الى ان التحجير
ليس احياء ولا يفيد الملك فبقيت مباحة على حالها لكنه هو اولى من غيره بسبب تحجيره
فلا يؤخذ منه الى ثلاث سنين لاثر عمر رضي الله عنه وعمرها في ثلاث سنين يملكها
والا اخذت منه ورفعت الى غيره ليعمرها فان الامام انما تركها في يده بعد التحجير
ليعمرها فيحصل للمسلمين منفعة العشر ان عشريا او الخراج ان خراجيا فاذا لم يحصل
المقصود فلا فائدة في تركها في يده وبيان كونه عشريا او خراجيا تقدم في باب العشر والخراج
ومن حفر بئرا في ارض موات فله حريمها ان باذن الامام عند ابي ح وكذا اي له حريمها
ان بغير اذن الامام عندهما يعني ان اذن الامام ليس بشرط عندهما وقد ذكرنا ما
يتعلق بحفر البئر في باب العشر والخراج فلا نعيده ثم شرع في بيان الحريم فقال وحريم
العطن اي بئر العطن وهي البئر التي يستقى منها باليد والعطن بفتحتين مناخ الابل
ومبركه ولا يكون الا حول الماء كذا في المصباح اربعون ذراعا من كل جانب هو الصحيح

مطلب بيان حريم البئر

احترز به عما قيل الا اربعون من الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة اذرع لقوله صلى الله
عليه وسلم من حفر بئرا فله حولها اربعون ذراعا لان ظاهر اللفظ بجميع الجوانب الاربعة
وجه الصحيح انه المقصود من تشريع حريم البئر دفع الضرر عنه كيلا يحفر بئرا اخرى بجنبها
فيتحول ماء الاولى الى الثانية ولا يندفع هذا الضرر بعشرة اذرع من كل جانب فيتقدر
باربعين ذراعا من كل جانب كيلا يتعطل عليه المصالح وهذا لان حافر البئر لا يتمكن من
الانتفاع بالبئر الا بما حولها لانه يحتاج الى ان يقف على شفير البئر ما يركب عليه البكرة والى
ان يبني حوضا يجتمع فيه الماء والى موضع تقف فيه مواشيه حالة الشرب وبعده من
الابل وغيره وهذا لا يكون الا بقدر اربعين ذراعا من كل جانب وكذا اي اربعون ذراعا
حريم الناضح يقال نضح البعير الماء حمله من نهر او بئر لسقي الزرع فهو ناضح ثم
استعمل الناضح في كل بعير وان لم يحمل الماء وفيما سقي بالنضح اي بالماء الذي ينضحه الناضح
كذا في المصباح والمراد به هٰهنا البئر الذي يستقى منها بالبعير والاضافة في الموضعين
لادنى ملابسة وهذا في الموضعين قول ابح وعندهما ستون ذراعا اي حريم الناضح
ستون ذراعا عندهما لقوله صلى الله عليه وسلم حريم العين خمسمائة ذراع وحريم العطن
اربعون ذراعا وحريم الناضح ستون ذراعا ولان استحقاق الحريم باعتبار الحاجة
وحاجة بئر الناضح اكثر منه لانه يحتاج الى موضع يسير فيه الناضح وهو البعير وقد يطول
الرشا وفي بئر العطن يستقى بيده فلا بد من التفاوت بينهما ولابح في عدم الفرق
ما روينا من غير فصل بينهما ومن اصله ان العام المتفق على قبوله والعمل به يترجح على
الخاص المختلف في قبوله والعمل به وحريم العين خمسمائة ذراع من كل جانب
لما روينا ولان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجتمع فيه ومن موضع يجري اليه
ومن موضع يجري منه الى الزراعة فقدره الشرع بخمسمائة ولا مدخل للراي في المقادير
الشرعية قيل ان خمسمائة من الجوانب الاربعة من كل جانب مائة وخمسة وعشرون ذراعا
والاصح ما ذكره المص ويمنع صاحب الحريم غيره من الحفر في حريمه لانه صار ملكا له ضرورة
تمكنه من الانتفاع بها فكان الحافر متعديا بالحفر في ملك غيره لا فيما وراءه لعدم كونه ملكا له

له فان حفر احد فيه اي في الحريم ضمن من التضمين النقصان اي نقصان ارضه لانه متعد
فيضمن النقصان ويكبس اي يكبس صاحب الحريم البئر الثاني بنفسه وقيل لا يضمنه
بل يكبسه وما ذكره المص اصح كمن هدم جدار غيره كان لصاحب الجدار تضمين قيمة
جداره لا التكليف ببناء جداره وطريق ضمان النقصان بان يقوم الارض قبل الحفر
ويقوم بعده فيضمن تفاوت ما بينهما وما عطب في البئر الاولى فلا ضمان عليه
لانه غير متعد في حفرها اما اذا كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذن الامام عندهما
لعدم اشتراط اذن الامام عندهما واما عنده فيجعل الحفر تحجيرا وله ذلك بغير اذن
الامام وان لم يثبت له ملك الا باذنه وما عطب في الثاني فهو مضمون على الثاني
لانه متعد في ملك الغير بحفره فيه ولو حفر الثاني بئرا في منتهى حريم الاولى باذن
الامام فذهب ماء البئر الاولى وتحول الى الثانية فلا شيء عليه لانه غير متعد في نقله والماء
تحت الارض غير مملوك لاحد فلا يكون له المخاصمة بسببه كذا في الزيلعي وله اي للحافر
الثاني الذي حفر فيما وراء حريم الاول الحريم مما سوى حريم الاول يعني للثاني حريمه
من الجوانب الثلاثة دون جانب الاول لسبق ملك الاول فيه وللقناة اي مجرى الماء
تحت الارض حريم بقدر ما يصلحها اي ما يحتاج اليه لالقاء الطين ونحوه ولم يقدر
حريمه بشيء ممكن ضبطه وقيل لا حريم لها ما لم يظهر ماؤها على وجه الارض عند ابح
وعندهما هي اي القناة كالبئر في استحقاقه الحريم وقيل هذا قول محمد وحده
وان ظهر ماؤها على الارض فهي كالعين في استحقاق الحريم اجماعا فيقدر حريمها
بخمسمائة ذراع ولا حريم لنهر في ارض الغير الا بحجة قامت على ذلك عند ابح وعندهما له
اي لنهر في ارض الغير مسناة يمشي عليها ويلقي عليها طينه من جانبي النهر لان استحقاق
الحريم للحاجة اليه وصاحب النهر يحتاج اليه مثل صاحب البئر والعين لانه يحتاج الى
المشي على حافتي النهر ليجري الماء اذا احتبس بشيء وقع فيها اذ لا يمكنه المشي في وسط
الماء وكذا يحتاج الى موضع يلقي فيها الطين عند الكري اذ في النقل الى ابعد من الحرج
ما لا يخفى ولابح ان استحقاق الحريم في البئر والعين ثبت نصا على خلاف القياس

مطلب ذهاب ماء البئر الاولى الى الثانية

فلا يلحق بهما ما ليس في معناهما لان الحاجة فيهما متحققة في الانتفاع بهما لان بدون الحريم
لا ينتفع وفي النهر موهومة باعتبار الكري فلعله لا يحتاج اليها اصلا نعم يلحقه بعض الحرج
في نقل الطين والمشي في الماء الى اسفله لكنه دون الحرج فيهما فلا يلحق بهما اذ شرط الالحاق
ان يكون الفرع نظير الاصل او اولى منه فاذا لم يستحق الحريم فان تنازع في الحريم صاحب
الارض وصاحب النهر وكل منهما يقول حريم النهر ملكي كان ذلك لصاحب الارض عند ابي ح
لان الظاهر يشهد له والقول لمن يشهد له الظاهر الا ان يقيم صاحب النهر حجة على ذلك
وعندهما لما كان لصاحب النهر حريم كان الظاهر له فكان القول قوله هذا بناء على ان
هذا الاختلاف مبني على الاختلاف في استحقاق الحريم وعدمه لانه مبني على ثبوت
اليد في الحريم وعدم ثبوتها فيه فمن كان يده ثابتة كان الظاهر شاهدا له وهذا اختيار
بعض المشايخ وقال بعضهم ان هذه مسئلة مبتدأة لا مبنية على مسئلة اخرى
فعلى هذا وجه قولهما انه صاحب النهر يستعمل الحريم لاستمساك مائه به والاستعمال
يد فيه فكان القول قوله كما لو تنازعا في ثوب واحدهما لابسه كان القول له لانه صاحب
يد بالاستعمال ولابي ح ان الحريم اشبه بالارض صورة ومعنى لاتحاد المقصود فيهما
والظاهر شاهد لمن هو في يده ما اشبه به كما لو تنازعا في مصراع باب ليس هو في
يدهما والمصراع الاخر مركب على باب احدهما كان القول له فكذا هذا ولو كان صاحب
النهر مستعملا له بامساك مائه به كان صاحب الارض ايضا مستعملا له بدفع الماء به
من ارضه فاستويا من هذا الوجه وترجح صاحب الارض من الوجه الذي ذكرناه فكان
الحريم له ونقل في الزيلعي عن كشف الغوامض ان الاختلاف بين ابي ح وصاحبيه في نهر
كبير لا يحتاج الى الكري في كل حين اما الانهار الصغار التي تحتاج فيها الى كريها في كل وقت
فلها حريم بالاتفاق وقال في قاضيخان ولو حفر نهرا في مفازة او في موضع لا يملكه
احد باذن الامام قال ابو ح لا يستحق للنهر حريما وقال صاحباه يستحق مقدار عرض
النهر من الجانبين في قول الطحاوي ومن كل جانب في قول الكرخي انتهى فظهر ان الاختلاف
المذكور ليس بمختص بما ذكره المص من كون النهر في ملك احد ثم اختلف ابو يوسف

ابو يوسف ومحمد في مقدار الحريم واليه اشار بقوله بقدر نصف عرضه اي عرض النهر
من كل جانب عند ابي يوسف وهو اختيار الطحاوي وعليه الفتوى على ما في الكرماني
و بقدر عرضه اي من كل جانب عند محمد وهو اختيار الكرخي وهو الارفق لصاحب النهر
لانه توسعة عليه فالمسناة اي اذا لم يكن لنهر في ارض الغير حريم فالمسناة الواقعة
بين النهر اي نهر رجل والارض اي ارض رجل اخر وليست المسناة في يد احدهما
جملة حالية اذ لو كانت في يد احدهما فهي له واليد يثبت بان يكون له عليها غرس
او طين ملقاة لصاحب الارض عند ابي ح هذا خبر لقوله فالمسناة فلا يغرس
فيها صاحب النهر ولا يلقي عليها طينه ولا يمر عليه لانه تصرف في ملك الغير فلا يقدر
عليه وقيل له المرور والقاء الطين ما لم يفحش لجريان العادة فيه والمعروف
كالمشروط وعندهما هي اي المسناة الواقعة بينهما لرب النهر لما تقدم ان له
الحريم فله اي لصاحب النهر ذلك اي الغرس والقاء الطين والمرور عليه قال الفقيه
ابو جعفر اخذ على صيغة المتكلم بقول الامام في الغرس وبقولهما في القاء الطين
كذا في الزيلعي ومن غرس شجرة في ارض موات فله حريمها خمسة اذرع من كل جانب
يمنع غيره من الغرس فيه اي في حريمه لانه يحتاج الى الحريم لجذاذ ثمره وللوضع فيه وروي
ان رجلا غرس شجرة في ارض فلاة فجاء اخر واراد ان يغرس شجرة اخرى بجنبها
فاختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فجعل له عليه الصلوة والسلام من الحريم
خمسة اذرع واطلق الاخر فيما وراء ذلك **فصل في الشرب** هو بكسر
الشين النصيب من الماء نوبة الانتفاع بالماء سقيا للزراع والدواب والاصل فيه
قوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم واعلم ان الماء نوعان احدهما الشرب
وهو الذي ذكره بقوله هو النصيب من الماء وله احكام سيأتي ذكره والثاني الشفه
وهو الذي ذكره بقوله والشفة شرب بني ادم والبهايم فالشرب اعم من الشفه
لان الشرب هو النصيب المعين من الماء الجاري او الراكد لاستعمال بني ادم والبهايم
والمزارع والاشجار والشفه هو النصيب من الماء لاستعمال بني ادم والبهايم لا الزروع

مطلب مقدار حريم شجرة في ارض

والاشجار ليبيان اهل الشفه بل من اهل الشرب ثم المراد بشرب بني آدم هو استعمالهم
الماء لدفع العطش او الطبخ او الوضوء او الغسل وغسل الثياب او نحوها مما يناسبهم
وبشرب البهايم استعمالهن للماء للعطش ونحوه على ما سيظهر في الكتاب ثم شرع

مطلب
الانهار العظام كالفرات ونحوها غير مملوكة

في بيان احكامها فقال الانهار العظام كالفرات ودجلة وجيحون وسيحون ونحوهما
غير مملوكة لان هذه الانهار ليس لاحد فيها يد على الخصوص لان قهر الماء يمنع قهر
غيره باليد فلا يكون محرزا في يد احد والملك بالاحراز ولكل احد من بني ادم
فيها اي في الانهار العظام حق الشفة اي الاستعمال بالشفة اعني الاستقاء
وحق الوضوء ونصب الرحى ان كانت تلك الانهار في ارضه والا فلا يجوز
وكذا له نصب السانية والدالية وكرى نهر الى ارضه ان لم يضر الكرى بالعامة
والا فلا يجوز لان دفع الضرر عنهم واجب وكذا لكل من البهايم حق الشفة
في تلك الانهار والاصل في هذا قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون شركاء في
ثلاثة الماء والكلأ والنار مروى عن ابن عباس والمراد شركة انتفاع لا شركة
ملك اذ لا ملك بلا احراز والمراد بالماء ما ليس بمحرز لان الماء المحرز مملوك
لمن احرز فلا يجوز الانتفاع به الا باذن مالكه والمراد بالكلأ الحشيش
الذي نبت بنفسه من غير ان ينبته احد ومن غير ان يزرعه ويسقيه
فلا يملكها احد الا بالقطع والحرز والمراد بالنار الاستضاءة بضوئها
والاصطلاء بها والايقاد من لهبها وليس لصاحبها ان يمنعه من ذلك
اذا كان في الصحراء بخلاف ما لو اراد غيره ان يأخذ الجمر لانه ملكه ويتضرر
بذلك فكان له ان يمنعه وفي الانهار المملوكة اي المخصوصة لقوم بغير احراز
وكذا المراد بقوله والحوض والبئر والقناة لكل واحد من احاد القوم ولا
بهايمهم حق الشفة ان لم يخف التخريب اي تخريب جانب النهر والحوض
والبئر لكثرة المواشي فاذا خيف التخريب بكثرة الدواب ليس لهم سقي
دوابهم بل لصاحب تلك المياه منعهم من سقي دوابهم والاتيان على جميع الماء

الماء معطوف على قوله التخريب والمراد بالاتيان على جميع الماء اهلاكه كما يقال اتى
عليه الدهر اهلكه كذا في المصباح والحاصل ان لكل من بني ادم والبهايم حق
الشفة في كل من هذه المياه الاربعة ان لم يخف تخريب جانب المياه او هلاكه بكثرة
الدواب والمواشي ان خيف ذلك فليس للدواب حق الشفة دفعا للضرر عن صاحب
الماء لا يسقي ارضه او شجره من تلك المياه اي الانهار المملوكة والحوض والبئر
والقناة الا باذن مالكه لانه يتضرر بذلك فلا بد من اذنه وله الاخذ للوضوء
وغسل الثياب وسقي شجره وخضره بفتح الخاء وكسر الضاد المعجمتين معروف
في داره متعلق بالسقي بالجرار جمع جرة يعني له ان يسقي شجره وخضره بحمل
الماء بالجرار المحدوده في الاصح كذا في الهداية وعلله بان الناس يتوسعون
فيه ويعدون المنع من الدناءة واحترز بالاصح عن قول بعض المتاخرين من ائمة
بلخ لانهم قالوا ليس له ان يسقي شجرا او خضرا في داره حملا بالجرار الا باذن
صاحب النهر والحوض والبئر وقال بعض مشايخنا ليس له ان يأخذ الماء من تلك
المياه الاربعة للوضوء وغسل الثياب ايضا لان الشركة يثبت في حق الشفة لا غير
وفي الهداية والصحيح انه له ذلك دفعا للحرج واختاره المصنف ولم يشر الى الاختلاف
فيه بذكر الصحيح كما اشار اليه في الهداية لعدم اعتباره الاختلاف فيه واعلم ان قوله
في الاصح على خلاف ما قال في قاضيخان والخلاصة والبزازية قالوا نهر لقوم ولرجل ارض
بجنبه ليس له شرب من هذا النهر كان لصاحب هذا الارض ان يشرب ويتوضأ ويسقي
دوابه من هذا النهر وان اراد ان يرفع منه بالقرب والاواني ويسقي زرعه او شجره اختلف
فيه المشايخ والاصح انه ليس له ذلك ولاهل النهر ان يمنعوه وان اراد قوم ليس لهم
شرب من هذا النهر ان يسقوا دوابهم منه قالوا ان كان الماء لا ينقطع بسقي الدواب
ولا يفنى ليس لاهل النهر ان يمنعوهم وان انقطع الماء بسقيهم بان كان الدواب
كثيرا كان لهم حق المنع وقال بعضهم ان كان ينكسر صفة النهر ويخرب بالسقي
كان لهم حق المنع والا فلا وكذا العين والحوض الذي دخل فيه الماء بغير احراز واحتيال

فهو بمنزلة النهر الخاص انتهى فان الذي ظهر منه ان المراد بالنهر الخاص الذي ذكر
في هذه الفتاوى هو الذي ذكره المص في النوع الثاني بقوله والانهار المملوكة فكان
الاصح في رفع الماء بالقرب والاواني لسقي شجره وزرعه على خلاف ما ذكره المص
وما احرز من الماء بجب الجب بضم الجيم هو البئر على ما في المصباح والقاموس والمراد به
هنا الكوز الكبير المصنوع من الطين كما هو المشهور او كوز ونحوه لا يؤخذ الا
برضى صاحبه لان هذا النوع من الماء صار مملوكا بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في
الصيد المأخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو قوله صلى الله عليه
وسلم الناس شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار حتى لو سرقه انسان في موضع يعز
وجوده وهو يساوي نصابا لم يقطع يده قال في الخلاصة نقلا عن الفتاوى لو
صب ماء حب انسان يقال له املأ وان اضطر اليه فح ينتفع به اذن صاحبه اولم
يأذن هذا واعلم ان المص رحمه الله ذكر الى هنا انواعا ثلاثا من المياه الاول ما هو في
نهاية العموم كالانهار العظام المذكورة الثالث ما هو في غاية الخصوص كالماء المحرز
بالجب ونحوه الثاني ما هو متوسط بينهما وهو الانهار المملوكة والحياض والآبار
وههنا نوع رابع ذكره في قاضيخان والهداية ولم يذكره المص وهو ماء البحار وحكمه
ان لكل احد من الناس فيها حق الشفة وحق سقي الاراضي والانتفاع به كالانتفاع
بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع احد منه وهل يجوز التوضؤ بماء السقاية ففي قاضيخان
اختلفوا في التوضئ بماء السقاية جوزه بعضهم وقال بعضهم ان كان الماء كثيرا
يجوز والا فلا وكذا كل ما اعد للشرب حتى قالوا في الحياض الذي اعدت للشرب
لا يجوز فيه التوضئ ويمنع منه هو الصحيح ويجوز ان يحمل ماء السقاية الى بيته ليشرب
اهله انتهى والمراد بالسقاية هنا هو المتخذ في الجوامع والاسواق والزقاق باناء
كبير وعنده كيزان صغار ليشرب بها كما هو المعروف في اكثر البلدان في ايام الصيف
مبردا بالثلج لا السقاية التي كانت في الزقاق والطريق العامة المسمى بچشمه لانها
لم تعد لمحض الشرب بل للتوضئ وغيره ايضا وله بيعه اي بيع الماء المحرز لانه

مطلب هل يجوز التوضؤ بماء السقاية

لانه ملكه بالحرز فيملك تمليكه بخلاف ما ذكر في النوع الثاني من المياه فانها ليست
بمحرزة فلا يملك تمليكه قال في قاضيخان الماء المحرز بالاواني لا ينتفع به الا باذن
من احرزه ويملك تمليكه كسائر انواع التمليك نحو البيع والوصية وغير ذلك
ولو مات يورث عنه ولو وجد وفي بعض النسخ كان بدل وجد البئر او العين
او النهر والحوض على ما في الزيلعي في ملك احد انما قال في ملك احد لانه لو احتفر
في ارض موات ليس له ان يمنع لان الموات كان مشتركا والحفر فيه لاحياء حق
مشترك فلا تقطع الشركة في الشفة فلم منع من يريد الشفة اي اخذ الماء
بحق الشفة ومع هذا لو اخذ الماء منه ليس له ان يسترده على ما صرح به في البزازية
وقال في قاضيخان ليس لاحد ان يسقي ارضه او زرعه من نهر الغير او عينه او قناته
اضطر لذلك او لم يضطر وان سقى ارضه او زرعه بغير اذن صاحب النهر فلا ضمان
عليه فيما اخذ من الماء وان اخذ مرة بعد مرة يؤدبه السلطان بالضرب والحبس
ان رأى ذلك انتهى من الدخول في ملكه اذا كان يجد الماء في مكان آخر فان لم يجد
غيره اي غير ذلك الماء لزمه اي لزم المالك ان يخرج اليه الماء او يمكنه من الدخول
في ملكه فان لم يفعل صاحب الماء شيئا من اخراج الماء والتمكين من الدخول وخيف
الطالب العطشى على نفسه او على دابته قوتل بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع
حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك لعدم الحرز لان البئر لم يوضع للاحراز
كالظبي اذا تكنس في ارضه وفي المحرز في الاناء وغيره من اسباب الحرز يقاتل بغير
سلاح بل بعصا او حجر لانه بالمنع ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير كما في الطعام
حال المخمصة فان لطالبه ان يخاصمه بلا سلاح بل بنحو عصا اذ ليس فيه منع حق
المستحق حتى يقاتل بالسلاح بل كان ارتكب معصية بالمنع فيستحق التعزير
وحكم الكلأ اذا نبت في ارض شخص بغير انبات مثل حكم الماء حتى اذا كان في ارض
مملوكة قيل للمالك اما ان تقطع وتدفع اليه والا تتركه ليأخذ قدر ما يريد منه
بخلاف فان الشجر اذا نبت في ارض انسان بغير انبات يكون لصاحب الارض

مطلب حكم الحشيش والشجر اذا نبتا بغير انبات

كذا في قاضيخان **فصل** لما فرغ عن مسائل الشرب شرع في ذكر مؤنة كرى
الانهار التي كان الشرب منها فاعلم ان الانهار ثلاثة منها ما يكون كريه على السلطان
ومنها ما يكون كريه على اصحاب النهر فاذا امتنعوا يجبرون على ذلك ومنها ما يكون
كريه على اصحاب النهر واذا امتنعوا لا يجبرون وقد ذكرناها في باب العشر والخراج
ولنذكر هاهنا اجمالا تتميما للفائدة اما الاول وهو الانهار العظام التي لم تدخل في
المقاسم كالفرات والدجلة على ما تقدم في الشرب فاذا احتاج هو النوع الى الكرى فمؤنة
الكرى واصلاح شطه على السلطان من بيت المال ولذا قال وكرى الانهار العظام
من بيت المال لان منفعة كريها للعامة وبيت المال وضعت لمصالح العامة وان لم يكن
فيه اي في بيت المال شيء فعلى العامة يعني يجبر العامة على الكرى بعد ان لم يكن في بيت
المال شيء لان منفعة العامة وقد تقدم احكام هذه الانهار في الشرب وكرى ما ملك
على صيغة المجهول على اربابه لا على اهل الشفة لانهم لا يختصون به ويجبر على الكرى
من ابى اي امتنع من الكرى لان فساد ذلك يرجع الى العامة وفيه تقليل الماء على اهل الشفة
وعسى يؤدي ذلك الى عزة الطعام فاذا كانت منفعته يعود اليهم وضرر تركها الى العامة
اجبرهم السلطان على الكرى دفعا للضرر العام ولم يذكر المص النوع الثالث اعني ما يكون
كريه على اصحابه ولا جبر عليهم اذا امتنعوا وفسره في قاضيخان بالنهر الخاص واختلفوا
في تفسيره على اقوال قيل ان كان النهر لعشرة فما دونها او عليه قرية واحدة يعني ماؤه
فيها فهو خاص وقيل ان كان لما دون الاربعين فخاص وما فوقه فعام وقيل ان كان
لما دون المائة فخاص وقيل ان كان لما دون الالف فخاص واصح ما قيل فيه ان يفوض الى راي
المجتهد حتى يختار اي الاقاويل شاء ثم في النهر الخاص لو اراد بعض الشركاء الكرى
وامتنع الباقون قال ابو بكر البلخي لا يجبرهم الامام ولو كرى الذين طلبوا الكرى والحفر
كانوا متطوعين وقال ابو بكر الاسكاف يجبرون على ذلك وقال الخصاف ان القاضي
يامر الذين طلبوا الكرى بالكرى فاذا فعلوا ذلك كان لهم منع الاخرين عن الانتفاع به
حتى يدفعوا اليهم حصصهم من مؤنة الكرى وهكذا روي عن ابي يوسف وان اراد

اراد كلهم ترك الكرى لا يجبرهم الامام في ظاهر الرواية وقيل يجبر والاعتماد على الظاهر
ومؤنته اي مؤنة الكرى عليهم لان منفعته اليهم فيكون مؤنته عليهم لان الغرم بالغنم
من اعلاه اي يبدأ الكرى من اعلى النهر هكذا روي عن ابي ح وقيل من اسفله لئلا يكون
له سبيل الى فتح الماء الى ارضه قبل ان يفرغ الكل عن الكرى اذ لو كان ابتداء من اعلاه كان
له ان يفتح اذا جاوز ارضه واذا جاوز الكرى ارض رجل من الملاك سقطت عنه مؤنة الكرى
وكان الكرى على من بقي وليس له اي لذلك الرجل سقي ارضه ما لم يفرغ شركاؤه عن
الكرى نفيا للاختصاص به وقيل له ذلك اي سقي ارضه بفتح الماء اليه لانتهاء مؤنة الكرى
في حقه فله ان يفتح الماء ويسقي ارضه كذا في الهداية وهذا عند ابي ح وعندهما هي
اي مؤنة الكرى عليهم جميعا من اوله اي اول النهر الى اخره بحصص الشرب والاراضي
لهما ان صاحب الاعلى كما ينتفع بكرى الاعلى كذلك ينتفع بكرى الاسفل لتسييل فضل
الماء فانه اذا سد الاسفل طغى الماء فافسد ارضه ولابي ح ان الكرى مؤنة الملك فيكون
على المالك ولا ملك لصاحب الاعلى فيما جاوز ملكه وانما ينتفع بما جاوز ملكه بملك الغير
فلا يلزمها المؤنة بحكم المنفعة كمن له مسيل ماء على سطح جاره لا يكون عليه عمارة سطح
الجار ولهذا لا يجب على اهل الشفة الكرى بحكم المنفعة وفي قاضيخان والفتوى على قول
ابي ح هذا فيما جاوز الكرى ارضه واما اذا لم يجاوز بل انتهى الكرى الى وسط ارضه وفي
وسط ارضه فوهة يسقي منها ارضه فهل يسقط مؤنة الكرى ام لا يسقط ففي
قاضيخان وان كان فوهة النهر لارض في وسط ارضه فكرى الى فوهة النهر هل يسقط
عنه الكرى اختلفوا فيه على قول ابي ح قال بعضهم يسقط ويرفع عنه الكرى وقال بعضهم
لا يسقط ما لم يجاوز ارضه وهو الصحيح لانه له ان يفتح الماء في ارضه في اوله واخره انتهى قيد
بقول ابي ح لانه على قولهما لا يسقط لانها عليهم جميعا من اوله واخره كما تقدم
ويصح دعوى الشرب بكسر الشين بلا ارض في الاستحسان والقياس ان لا تصح بلا
ارض لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول
جهالة لا تقبل الاعلام ولانه يطلب من القاضي ان يقضي له بالملك في المدعى اذا ثبت

دعواه بالبينة. والشرب لا يحتمل التمليك بدون ارض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى والخصومة
كالخمر في حق المسلمين وجه الاستحسان ان الشرب مرغوب فيه منتفع به ويمكن ان
يملك بغير ارض بالارث والوصية وقد تباع الارض دون الشرب فيبقى له الشرب
وحده فاذا استولى عليه غيره كان له ان يدفع الظلم عن نفسه باثبات حقه فيه
بالبينة. ومن كان له نهر يجري في ارض غيره فاراد رب الارض منع الاجراء
فليس له ذلك اي المنع بل يجري على ما كان لان موضع النهر من ارض في يد رب النهر
مستعملا له باجراء مائه فيه فعند الاختلاف يكون القول قوله بشهادة الظاهر
فان لم يكن النهر في يده بان لم يكن مستعملا باجراء ماء فيه او لم يكن اشجاره
في طرفي النهر او لم يكن جاريا. هكذا في النسخ بكلمة او والذي وقع في الهداية
والزيلعي بكلمة الواو وهكذا فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا. وهو الظاهر فادعى
انه له اي رقبة النهر له او قصد اجراءه اي او ادعى حق الجري في النهر لا رقبة النهر
لا يسمع بلا بينة. انه له اي رقبة النهر له فاذا اقامها يقضى له بالملك لاثباته بالحجة.
او انه كان له حق الاجراء في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها فاذا اقام بينة يقضى
له بحق الاجراء لا بملك الرقبة. وعلى هذا المصب اي موضع اجتماع ما فضل من الماء
كذا فسره في الكفاية في نهر او على سطح او الميزاب عطف على المصب والممشى

مطلب الاختلاف في الممشى والمصب والميزاب

اي موضع المشي في دار الغير يعني حكم الاختلاف بين المدعيين في هذه الامور
مثل الاختلاف في الشرب واعلم ان ههنا ثلاث مسائل مسئلة النهر في ارض الغير ومسئلة
الميزاب ومسئلة الممشى في دار الغير اما مسئلة الميزاب والنهر فكما ذكره المص وتفصيله
ما ذكره في دعوى الخانية حيث قال اذا كان للرجل ميزاب في دار رجل فاراد رب
الدار ان يمنعه من ان يسيل فيه الماء فله منعه حتى يقيم البينة ان له حق تسييل
الماء فيه ولصاحب الدار ايضا ان يقطعه الميزاب وذكر في كتاب الشرب في نهر
في ارض رجل يسيل فيه الماء واختلفا في ذلك فالقول قول صاحب الماء الا ان في مسئلة
كتاب الشرب وضع المسئلة فيما اذا كان الماء جاريا وقت الخصومة واذا كان الماء

الماء جاريا وقت الخصومة لا شك انه يكون القول قول صاحب الماء الا ان يقيم صاحب
الارض بينة ان النهر ملكه وكذلك اذا لم يكن جاريا وقت الخصومة الا انه علم انه كان
يجري الى ارض هذا الرجل قبل ذلك كان القول قول صاحب الماء ويقضى له بالنهر الا
ان يقيم صاحب الارض بينة ان النهر ملكه حتى ان في مسئلة النهر اذا لم يكن الماء جاريا
الى ارض هذا الرجل وقت الخصومة ولم يعلم جريانه الى ارضه قبل ذلك فانه يقضى
لصاحب الارض بالنهر الا ان يقيم صاحب الماء بينة ان النهر ملكه وفي مسئلة الميزاب وضع
المسئلة فيما اذا لم يكن الماء جاريا وقت الخصومة ولا يقيم جريانه قبل ذلك واذا كان
كذلك فصاحب الماء لا يكون صاحب يد في هذه الحالة ولا يقبل قوله وهذا بلا خلاف
بين المشايخ واما اذا كان جاريا في الميزاب وقت الخصومة فقد اختلف المشايخ
فيه منهم من قال القول قول صاحب الميزاب كما في مسئلة النهر ومنهم من قال لا يقبل
قول صاحب الميزاب وذكر الفقيه ابو الليث عن المتاخرين من اصحابنا انهم استحسنوا
في الميزاب اذا كان نصوب سطح صاحب الميزاب الى موضع الميزاب وعلم ان النصوب
قديم لم يحدثه صاحب السطح وعلم ان الميزاب قديم ان يجعل له حق تسييل الماء
فان جاء صاحب الميزاب ببينة فشهدوا انهم راوا يسيل فيه الماء فليست هذه
الشهادة بشيء وهذا قول ابي ح ومحمد فان شهدا ان له مسيل ماء في هذا الميزاب
فان بينوا انه لماء المطر او لماء الوضوء او لماء الاغتسال فلا شك ان هذه الشهادة
مقبولة فيكون له ما شهدوا له به ان يشهدوا انه لماء المطر فهو لماء المطر وان
شهدوا انه لماء الوضوء والاغتسال فهو لماء الوضوء والاغتسال وليس له ان يسيل
فيه ماء المطر وان لم يبينوا شيئا من ذلك ذكر في الكتاب ان الشهادة مقبولة واختلف
فيه منهم من قال المسئلة مؤولة وتأويلها انهم شهدوا على اقرار صاحب الدار
مسيل ماء في داره من هذا الميزاب واذا كان هكذا لا شك ان الشهادة تقبل واما اذا
شهدوا على البتات ولم يبينوا شيئا اختلفوا فيما بينهم انه اذا قبلت هذه الشهادة
ماذا يثبت بعضهم قالوا يثبت تسييل ماء المطر ومنهم من قال يثبت كلا الامرين

حق تسييل ماء المطر وحق تسييل ماء الوضوء والاغتسال جميعا ومنهم من قال يؤمر صاحب
الدار بالبيان فان قال هو لماء الوضوء فهو لماء الوضوء لا غير وان قال لماء المطر فهو لماء المطر
لا غير ويحلف الاخر وان شهدوا انه مسيل ماء دائم للوضوء والاغتسال وماء المطر فهو
جائز ويثبت جميع ذلك ولو لم يكن للمدعي بينة اصلا استحلف صاحب الدار ويقضي فيه
بالنكول انتهى واما مسئلة الممشى فقال في الخانية ايضا قال محمد رجل له باب من دار في
دار رجل فاراد ان يمر من ذلك الباب ومنعه صاحب الدار عن المرور في داره فقال ليس لك
حق المرور في داري وادعى صاحب الباب ان له حق المرور فالقول قول صاحب الدار وعلى
الخارج البينة فان جاء بشهود شهدوا انه كان يمر فيها من هذا الباب لم يستحق بذلك
شيئا وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وان شهدوا ان له طريقا ثابتا فيها وسموا حدوده وبينوا
طوله وعرضه بالذرعان قبلت شهادتهم وقضي له بذلك وكذلك ان لم يبينوا حدوده
ولا طوله ولا عرضه تقبل شهادتهم ويقضي له بقدر عرض الباب الاعظم عرضا والى السماء
طولا ومن المشايخ من قال المسئلة مؤولة تأويلها انهم شهدوا على اقرار المدعى عليه
ان للمدعي طريقا ثابتا في هذه الدار اما لو شهدوا على البتة لا تقبل شهادتهم والاصح
ان هذه الشهادة مقبولة على كل حال انتهى فقال في الخلاصة والبزازية رجل له داران
مسيل احدهما على سطح الاخر فباع الدار التي عليها المسيل بكل حق له فيها ثم باع الاخرى
من آخر فاراد المشتري الاول ان يمنع المشتري الثاني من اسالة الماء على سطحه له ذلك
الا ان يكون اشترط عليه وقت البيع اني لم ابع منك مسيل الماء في الدار التي بعت منك
وفي النوازل له داران متلاصقان احديهما عامرة والاخرى خربة فباع الخراب وكان مصب
الدار العامرة ومطرح الثلج في الدار الخربة فاراد المشتري المنع قال الفقيه ابو بكر ان
استثنى البايع لنفسه مسيل الماء في الخراب جاز وان طرح الثلج لا لعدم العرف فيه وقال
الفقيه ابو الليث ان كان له ميزاب ومسيل سطوحه الى هذا الجانب وعرف ان ذلك
قديم فمسيله على حاله وان لم يشترط وكذا لو كان مسيل سطوحه الى دار رجل
وله فيها ميزاب قديم فليس لصاحب الدار منعه في الاستحسان وبه نأخذ وعليه الفتوى

مطلب
مسئلة حق المرور

الفتوى واما اصحابنا فاخذوا بالقياس وقالوا ليس له ذلك الا ان يبرهن ان له حق المسيل
ولو شهدوا انهم رأوه يسيل الماء فليست هذه بشهادة ولو شهدوا انه مسيل ماء
المطر فهو لماء المطر ولو شهدوا انه مسيل ماء دائم للوضوء والغسل والمطر جاز وان لم
يبينوا فالقول لرب الدار وان لم تكن بينة يستحلف صاحب الدار ويحكم بالنكول رجل له
مجرى ماء على سطح دار فخرب السطح فاصلاحه على رب السطح كالسفل مع العلو ولا يجبر
على العمارة ويقال للذي له حق الاجراء ضع ناوقا في مقام الجري على سطح الجار لتنفيذ
الماء الى مصبه وذكر في حيطان الخلاصة ايضا ولو كان له طريق في دار رجل اراد اهل
الدار ان يبنوا في ساحة الدار ما يقطع طريقه لم يكن لهم ذلك وينبغي ان يتركوا من ساحة
الدار عرض باب الدار داران لجارين سطح احدهما اعلى ومسيل ماء العليا على الاخرى
فاراد صاحب السفلى ان يرفع سطحه او يبني على سفله بناء له ذلك وليس للجار منعه
لكن يطالبه حتى يسيل ماؤه الى طرف الميزاب ولو انهدم السفل او هدمه المالك ليس
للاخر ان يكلفه بالعمارة لاجل اسالة الماء لكن يبني هو ويمنع صاحبه من الانتفاع وان
اختصم جماعة في شرب مشترك بينهم ولم يعرفوا كيف كان اصله فاختلفوا فيه قسم
الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود بالشرب سقي الاراضي والحاجة الى ذلك تختلف
بقلة الاراضي وكثرتها والظاهر ان حق كل واحد منهم من الشرب بقدر ارضه وبقدر حاجته
بخلاف الطريق اذا اختلف فيه الشركاء حيث يستوون في ملك رقبة الطريق ولا يعتبر في ذلك
بسعة الدار وضيقها لان المقصود فيها الاستطراق وهو لا يختلف باختلاف الدار لا يقال
قد استووا في اثبات اليد على النهر فوجب ان يستووا في الاستحقاق فانا نقول الماء لا يمكن
اثبات اليد عليه حقيقة اذ لا يمكن احرازه وانما ذلك بالانتفاع والظاهر ان الانتفاع متفاوت
بتفاوت الاراضي فيتفاوت الاحراز الذي هو في ضمن الانتفاع فيكون في يد كل واحد منهم
بحسب ذلك ويمنع الاعلى من تلك الجماعة من سكر بسكون الكاف بمعنى السد النهر على الاسفل
بلا رضاهم اي رضا الشركاء وان وصلته لم تشرب ارضه اي ارض الاعلى بدونه اي بدون
السكر لان في ذلك ابطال حق الباقين فلا يجوز ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على ان

مطلب
لا يجبر على العمارة الجار الذي يسيل ماء سطحه على جار سطحه تخرب

يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم وهو المانع من السكر فاذا رضي كل زال المانع الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح ونحوه لا يسكر بالطين والتراب ونحوهما مما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم كذا في الهداية وقال في الخلاصة والمختار انه اذا لم يمكنه سقي ارضه من غير سكر رفع الامر الى القاضي فيامرهم بالمهاياة فان اصطلحوا على ان يسكر كل شارب يومه جاز انتهى وقال في الزيلعي ولو كان الماء في النهر بحيث لا يجري الى ارض كل واحد منهم الا بالسكر فانه يبدأ باهل الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى ان يسكروا لقول ابن مسعود رضي الله عنه اهل النهر الاسفل امراء على اهل الاعلى حتى يرووا فان هذا يوجب بداءة اهل الاسفل وليس لواحد منهم اي من تلك الجماعة ان يشق منه اي من النهر المشترك بينهم نهرا صغيرا الى ارضه او ينصب عليه اي على النهر المشترك رحى او دالية او جسرا بلا اذن البقية لما فيه من الاضرار بهم فاذا اذنوا بذلك جاز لزوال المانع الا رحى في ملكه لانه في خالص ملكه فلا يمنع من التصرف فيه وليس فيه تنقيص الماء ولا تغييره عن سننه فيجوز قال في الزيلعي والدالية والسانية بمنزلة الرحا بخلاف القنطرة والجسر فان فيهما اشغال الموضع المشترك فيمنع منه ولو في ملكه ولا يكون ذلك الا برضاهم انتهى فعلى هذا ينبغي ان يستثنى الدالية والسانية مثل الرحى الدالية جذع طويل مركب تركيب مداق الارز وفي رأسه مغرفة كبيرة والسانية البعير يسقى من البئر والجسر اسم لما يوضع ويرفع على الماء مما يكون متخذا من الخشب والالواح والقنطرة مما يتخذ من الحجر والاجر موضوعا لا يرفع ولا تضر الرحى الذي نصبه في ملكه بالنهر بكسر صفته ومسناه ولا بمائه بتنقيصه او تغييره عن سننه الذي كان يجري عليه ولا اي ليس لواحد منهم ان يوسع فم النهر لانه فيه كسر صفته ويزيد به على مقدار حقه في اخذه الماء ولا ان يقسم الشرب بالايام او مناصفة بعد كون القسمة بالكوى جمع كوة تثقب في الخشب ليجري الماء فيه الى المزارع والجداول وهذا لان القديم يترك على حاله لظهور الحق فيه فتبقى على القسمة الاول

مطلب
هل يجوز بناء الرحى
في نهر المشترك

الاول وهو ما يكون بالكوة ولا ان يزيد كوة يعني لو كان لكل واحد منهم كوة مسماة في نهر خاص لم يكن لواحد منهما ان يزيد كوة وان لم يضر الزيادة بالباقين لان الشركة خاصة بخلاف ما كان الكوى في النهر العظيم فان لكل واحد منهما ان يشق نهرا منه ابتداء فكان الكوى بطريق الاولى ولا ان ينقص بعض كواه لما ذكرناه من ان الشركة خاصة وفي الخلاصة من كان له شرب في ارضه في اسفل النهر ففتح ذلك في اعلاه ليس له ذلك بخلاف ما اذا جعل باب داره في اعلى حائط له فان له ذلك وعن الامام السرخسي انه له ان يجعل شربه اعلى واسفل مثل باب داره يجعله في اعلى حائط له او اسفله وذكره في الزيلعي ايضا حيث قال الا اذا اراد ان يسفل كوة له او يرفع من حيث العمق والسمك في مكانه يكون له ذلك في الصحيح لان التسفل والترفع من حيث العمق لا يؤدي الى تغيير موضع فلا يمنع منه ولا ان يسوق شربه الى ارض اخرى له ليس لها اي للارض الاخرى منه اي من شربه بشرب لانه اذا فعل ذلك يخشى ان يدعي حق الشرب لها من هذا النهر مع الاولى اذا تقادم العهد وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى الاخرى ليس له ذلك لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسقي الاخرى وهو نظير طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق فانه ليس له ان يفتح بابا له في ذلك الطريق بخلاف ما اذا كان ساكن الدارين واحدا حيث لا يمنع من فتح الباب في ذلك الطريق للدار الاخرى له لان المارة لا يزداد بذلك وهو المانع من فتحه وله حق المرور فيه ويتصرف في خالص حقه وهو الجدار برفعه ونقضه فان رضي البقية بشيء من ذلك الامور المذكورة من قوله ولا ان يوسع الى هنا جاز لزوال المانع بالرضا ووجود المقتضي ولهم اي بقية الشركاء نقضه بعد الاجازة ولورثتهم ايضا من بعدهم قال في الهداية ولو اراد الاعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها

دفعا لقبض الماء عن ارضه كيلا ينز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالاخر وكذا اذا اراد
ان يقسم الشرب مناصفة بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت فلا تتغير الا ان
يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا لورثته
من بعده لانه اعارة الشرب لا مبادلة لان مبادلة الشرب بالشرب باطلة وكذا
اجارة الشرب بالشرب باطلة ايضا فتعينت الاعارة فيرجع فيها هو وورثته
اي وقت شاء لان الاعارة غير لازمة هكذا في الزيلعي ويؤيده ما في بيوع القاعدية
الضرر لا يصير لازما بالرضا والاذن وههنا دقيقة ذكرها في اوائل دعوى القاعدية حيث
قال من له حق المرور في ارض غيره في ممر معين فبنى صاحب الارض على ذلك الممر بناء
باذن صاحب الحق ليس له ان يخاصم بعد ذلك لان الحق يبطل ويسقط بالرضا بخلاف
ما اذا كان له رقبة الطريق فبنى صاحب الارض انتهى فليتامل وقال في حيطان القنية
من كتاب الدعوى اذا استعار من اخر جدارا لوضع جذوعه عليه ووضعها ثم
باعه المعير ليس لمشتريه ان يامر المستعير برفع جذوعه لان المستعير وان لم يثبت
له حق لازم لكن المشتري لم تملك الجدار الا مشغولا بجذوع المستعير فكان
حقه فيه ناقصا فلا يتمكن من رفعه قال استاذنا هذا وان كان حسنا لكني عثرت
على مسئلة الاستشهاد في الامالي فح وفتاوي ابي الليث على خلافه رجل اذن جاره
في وضع الجذوع على حائطه او حفر سرداب تحت داره ثم باع داره فللمشتري رفع
الجذوع والسرداب الا اذا شرط في البيع ترك ذلك فح لا يكون ذلك ثم ذكر في مسائل
من جنس الحيطان قال احدث بناء او غرفة في سكة غير نافذة برضا اهلها فاشترى
رجل من غير السكة دارا منها فله ان يامره برفع الغرفة ولو باع ضيعة فيها اغصان
جاره متدلية فللمشتري ان يامر جاره بتفريغ الضيعة عن اغصان شجرته لان المشتري
يقوم مقام البايع فيما كان للبايع ان يفعله وكذا لو كانت صاحب الضيعة كان لوارثه ان
ياخذ الجار بتفريغ صنعه عن الاغصان قال وما ذكره في اوفق للاصول واشبه بالصواب
وان كان مسائل قسمة الكافي يشهد لصحة جواب ح انتهى ذكره شيخ الاسلام الانقروي

مطلب
يدفع الجار عن جاره مضرة
اغصان شجرته

الانقروي في فتاواه نقلا عن حيطان القنية دهليز مشترك بينهما بنى احدهما فوق
سطحه حجرة باذن شريكه ثم باع الاذن نصيبه من الدهليز ليس للمشتري ان يامره برفع
الحجرة عن سطحه انتهى وذكر ايضا نقلا عن العتابية لو اذن لجاره بوضع الجذوع على
حائط داره او اذن له ان يحفر سردابا تحت داره ثم باع الدار وشرط على المشتري
ان يكون الجذوع والسرداب هكذا لم يكن للمشتري ان يطالبه بالنقض والشرب
يورث ويوصى بالانتفاع به ولا يباع ولا يوهب ولا يوجر ولا يتصدق ولا يجعل
مهرا ولا بدل صلح والفرق ان الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه في حقوق الميت
واملاكه وجاز ان يقوموا مقامه فيما لا يجوز تمليكه بالمعاوضات والتبرعات كالدين
والقصاص والخمر وكذا الشرب والوصية اخت الميراث فكانت مثله بخلاف البيع
والهبة والاجارة والتصدق وكذا الوصية بهذه العقود حيث لا تجوز اما للجهالة
او للغرور او لعدم الملك فيه للحال ولانه ليس بمال متقوم حتى لو اتلف شرب انسان
بان سقى ارضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل فاذا بطلت هذه العقود
فالوصية بهذه العقود باطلة ايضا لان الوصية بالباطل باطل بخلاف الوصية بالانتفاع
بعين الشرب حيث يجوز لما ذكرناه ولهذا قيد المص الوصية بالانتفاع به وكذا لا يصلح
ان يكون مهرا مسمى في النكاح وبدل الخلع عن دم عمدا وعن دعوى لكن تصح هذه العقود
نفسها لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة ولا يملك الشرب لانه لا يملك سائر الاسباب
فكذا بهذه الاسباب ويجب على الزوج مهر المثل في النكاح وعلى المراة رد ما اخذت من
المهر في الخلع وعلى القاتل الدية وللمدعي ان يرجع على دعواه في الصلح لبطلان المسمى ولو مات
وعليه ديون لا يباع الشرب بدون الارض لما ذكرناه وان لم يكن له ارض قيل يجمع الماء في كل
نوبة في حوض فيباع الماء لكونه محرزا الى ان يقضي ديونه من ذلك وقيل ينظر الامام
الى ارض لا شرب لها فيضم الشرب اليها فيبيعهما برضاه ثم ينظر الى قيمة الارض
بدون الشرب والى قيمتها معه فيصرف تفاوت ما بينهما من الثمن الى قضاء دين الميت
كذا في الزيلعي قيد عدم الضمان برواية الاصل احترازا عما ذكره في الخلاصة عن علي البزدوي

مطلب
رجل اذن جاره في وضع الجذوع
على حائطه ثم باع داره فهل
للمشتري رفع الجذوع

مطلب من سرق ماء وسقى به فلا هل يطيب له

ان غاصب الماء سقى ارضه في نوبة صاحب الشرب يكون ضامنا بقي انه هل يطيب للغاصب
ما خرج من ذلك الماء المغصوب ففي الخلاصة نقلا عن مزارعة النوازل عن محمد بن مقاتل
في رجل سرق ماء فساقه الى ارضه او كرمه فانه يطيب له ما خرج منه وهو بمنزلة رجل غصب
شعيرا او تبنا او سمن دابته فعليه قيمة العلف وما زاد في الدابة فهو طيب له فعلى هذا
لو سرق اوراق التوت واعطى دود العلق فالابريسم يطيب له وعليه قيمة الاوراق
ولا يضمن من ملأ ارضه فنزت الماء ارض جاره لانه مسبب وليس بمتعد فيه فلا يضمن
لان شرط وجوب الضمان في السبب ان يكون متعديا الا ترى ان من حفر بئرا في ارضه لا يضمن
ما عطب فيها لعدم التعدي وان حفر في الطريق ضمن للتعدي لكنهم قالوا هذا اذا
سقى ارضه سقيا معتادا واما اذا سقاها سقيا غير معتاد لا يحتمله ارضه فيضمن بالنز
كما قالوا فيمن اوقد نارا في داره فاحترق به دار جاره فان اوقد نارا معتادا لا يضمن
والا يضمن للتعدي قال في الخلاصة عن متفرقات الفقيه ابي جعفر رجل سقى ارضه فتعدى
الماء الى ارض جاره ان اجرى الماء اجراء لا يستقر في ارضه بل يستقر في ارض جاره يضمن
وان كان يستقر في ارضه ثم يتعدى الى جاره بعد ذلك ان كان جاره يقدم اليه بالسد
والاحكام فلم يسد يضمن استحسانا وان لم يقدم اليه لا يضمن وان كان ارضه في
صعدة وارض جاره في هبطة يعلم انه لو سقى ارضه يتعدى الى ارض جاره يضمن
ويؤمر برفع المسنيات حتى يحول بينه وبين التعدي ويمنع من السقي حتى يضع
المسنيات وان لم يكن ارضه في صعدة لا يمنع قال والمذكور في عامة الكتب انه اذا سقى
غير معتاد ضمن وان كان معتادا لا يضمن وان كان في ارضه ثقب او جحر فان علم بالثقب
ولم يسد حتى فسد ارض جاره يضمن وان كان لا يعلم لا يضمن على ما في نسخة الامام
السرخسي وفي النوازل نهر يجري في ارض قوم فانبثق النهر وخرب بعض ارض
قوم لاصحاب الارضين ان يأخذوا اصحاب النهر بعمارة النهر بدون عمارة الارض
رجل سقى ارضه وارسل الماء في النهر حتى جاوز ارضه وقد كان طرح رجل اسفل
منه في النهر ترابا فمال الماء عن النهر حتى خربه فجاوز فغرق قطن رجل فالضمان

فالضمان على من احدث في النهر ترابا لا على مرسل الماء في النهر ان كان له في النهر حق
ولو سد انهار الشركاء حتى ينبثق وامتلأ وغرق قطن رجل وارسل الماء في النهر
وعلى النهر انهار صغار مفتوحة الفوهات فدخل الماء في الفوهات فافسد زرع غيره
ضمن في الوجهين وتفسير ضمان الاتلاف ان يقوم الارض مزروعة وتقوم غير
مزروعة فيضمن الفضل ولا من ارضه من شرب غيره هذا في رواية الاصل ووجهه
تقدم من قبل وعن علي البزدوي انه يضمن كما تقدم ايضا وتفسير ضمان الشرب
على القول بضمانه انه ينظر بكم يشترى لو كان بيعه جائزا والفتوى على رواية الاصل

كتاب الاشربة

جمع شراب هو اسم من الشرب اي ما يشرب مطلقا ماء
كان او غيره حلالا او حراما وفي عرف الفقهاء ما حرم منه وهو على انواع على ما سيأتي
في الكتاب قال في الخلاصة نقلا عن النوازل قال الفقيه ابو الليث شرب الاشربة
على خمسة اوجه في وجه هو حلال بالاجماع وفي وجه حرام بالاجماع وفي وجه حرام
عند اصحابنا حلال عند بعض الناس وفي وجه حلال عند اصحابنا حرام عند
بعض الناس وفي وجه اختلاف بين اصحابنا اما الوجه الذي هو حلال بالاجماع
وهو كل شراب لم يمض عليه ثلاثة ايام وهو حلو واما الوجه الذي هو حرام بالاجماع
فهو الخمر بعينها والسكر من كل شراب واما الذي هو حرام عندنا فهو ماء العنب
اذا طبخ على النصف وقد اشتد عندنا لا يجوز شربه وهو قول عامة الفقهاء
وقال بشر المريسي يجوز شربه دون السكر واما الرابع فهو العصير جعل
في الشمس حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه ولم يطبخ ولكن عولج بالخردل فانه يجوز
شربه عند علمائنا ولا يجوز عند بعض الناس واما الوجه الخامس فهو نبيذ
التمر او نبيذ الزبيب اذا طبخ ادنى طبخة ثم اشتد فانه يجوز شربه دون السكر
في قول ابي حنيفة وابي يوسف الا اذا اراد به استمراء الطعام دون اللهو وقال محمد
لا يجوز شربه قليله وكثيره حرام قال الفقيه ابو الليث وبه نأخذ واذا كان شربه
للهو فقليله وكثيره حرام بالاتفاق تحرم الخمر بالكتاب والسنة والاجماع فيكفر

مستحله وهي اي الخمر فانها من المؤنثات السماعية النّي بكسر النون وسكون الياء والهمزة ويجوز التشديد على القلب والادغام اي غير النضيج كما في المغرب وقال في المصباح النّي مهموز وزان حمل كل شيء شانه ان يعالج بطبخ او شيء ولم ينضج فيقال لحم نّي والابدال والادغام عامي انتهى فالنضيج والطبيخ ليس بخمر كما هو كذلك عندنا خلافا للشافعي من ماء العنب احترز به عن غير العنب اي شيء كان حتى لو اخرج الماء من ثقل العنب بعد عصره كان بمنزلة النقيع عند بعض المشايخ وقال بعضهم انه بمنزلة الخمر حتى يحدّ شاربه قطرة منه كذا في شرح النقاية اذا غلا اي ارتفع واشتد اي قوي بحيث يصلح للاسكار والقذف بالزبد بفتحتين شرط عند ابي حنيفة خلافا لهما لانه اذا غلا واشتد يثبت اسم الخمر عليها بلا اشتراط قذف الزبد لان اللذة المطربة والقوة المسكرة وستر العقل به وهو معنى المخامرة يحصل بالاشتداد وهو المعنى المؤثر في الفساد وايقاع العداوة والبغضاء والصدّ عن ذكر الله واما القذف بالزبد فلا تاثير له في اجلاب السكر ولابي حنيفة ان الغليان بداية الشدة وكماله بقذف الزبد وسكونه لانه يتميز به الصافي عن الكدر واحكام الشرع المعلقة بها قطعية كالحد واكفار مستحلها ونحو ذلك فيناط تلك الاحكام القطعية بالنهاية والكمال وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد وفي وجوب الحدّ على الشارب بقذف الزبد احتياطا والطلاء اي ويحرم الطلاء ايضا هو بكسر الطاء وهو ما اي عصير عنب طبخ منه اي من عصير العنب فذهب اقل من ثلثيه وهو حرام وان قل لكن حرمته دون حرمة الخمر على ما سيأتي قال في الزيلعي نقلا عن المحيط الطلاء اسم للمثلث وهو ما اذا طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فان ذهب نصفه يسمى منصفا وهو حرام ايضا وان طبخ ادنى طبخة يسمى باذقا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد على الاختلاف المذكور في الخمر وهذا حرام ايضا وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة قلنا انه مشروب ملذ مطرب ولهذا تجمع عليه الفساق فيحرم شربه للفساد

المعلق به

المعلق به ويحرم السكر بفتحتين وهو النّي من ماء الرطب بضم الراء ثمر النخل معروف اذا غلا واشتد وقذف بالزبد كما سبق وقال شريك بن عبد الله انه مباح وان قذف بالزبد قلنا حرمته باجماع الصحابة فالقول باباحته خرق للاجماع ولعل مراده بالاباحة في اوائل الاسلام قبل التحريم ويحرم ايضا نقيع الزبيب وهو النّي من ماء الزبيب اذا غلا واشتد واشتراط قذف الزبد فيهن اي في كل من الطلاء والمنصف والباذق والسكر والنقيع على ما في الخمر من الاختلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه والكل اي كل من الطلاء والمنصف والباذق والسكر والنقيع حرام باجماع اهل الاجماع والمخالف فيه خرق للاجماع فلا يعتد به وحرمتها اي حرمة هذه الاشربة دون الخمر لان الخمر حرام لعينها لا لسكرها والاشربة المذكورة حرام لسكرها والحرام لعينه فوق الحرام لا لعينه قيل ان حرمة الخمر لسكرها ايضا حتى ان غير المسكر من الخمر ليس بحرام قالوا هذا كفر لانه مخالف للكتاب والسنة والاجماع فنجاسة الخمر غليظة ونجاسة هذه الاشربة مختلف في غلظها وخفتها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها قطعية دون هذه الاشربة لان حرمتها اجتهادية لسكرها ويحدّ بشرب قطرة من الخمر وان وصلية لم يسكر لانها حرام لعينه لا لسكره يعني ان حرمتها ليست معللة بالسكر بخلاف هذه الاشربة كلها من الطلاء والمنصف والباذق والسكر والنقيع فان حرمتها معللة بالسكر فلا يحدّ بشربها ما لم يسكر ويجوز بيع هذه الاشربة كلها سوى الخمر ويضمن متلفها قيمتها عند ابي حنيفة لكونها مالا متقوما ولم يثبت ما يسقط تقومها بخلاف الخمر لانها ليست مالا متقوما بالنص والاجماع خلافا لهما في البيع والضمان على المتلف لكونها حراما بالاجماع وفي الخمر عدم جواز البيع وعدم الضمان اجماع لان حرمتها قطعية ونجاستها عينية ولو طبخت الخمر او غيرها من الاشربة المذكورة بعد الاشتداد لا تحل وان وصلية ذهب الثلثان لان الطبخ للمنع عن ثبوت الحرمة ابتداء لا لرفعها بعد ثبوتها لكن قيل لا يحدّ ما لم يسكر لان الحد في النّي خاصة بالنص فلا يتعدى الى المطبوخ

مطلب
يحدّ شارب الخمر ولو قطرة

مطلب
يجوز بيع الاشربة المسكرات سوى الخمر

منها ويحل نبيذ التمر والزبيب اذا طبخ ادنى طبخة وان وصلية اشتد ما لم يسكر
وكذا يحل نبيذ العسل والتين والحنطة والشعير والذرة والخليطين وهو ان
يجمع بين تمر وزبيب مثلا في اناء في ماء لما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت كنا ننبذ
لرسول الله صلى الله عليه وسلم في سقاء فناخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فنطرحها
فيه ثم نصب عليه الماء فننبذه غدوة فيشربه عشية وننبذه عشية فيشربه
غدوة رواه ابن ماجة طبخت او لا لاطلاق ما روينا وكذا المثلث اي حلال وهو

مطلب يحل شرب المثلث

عصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وان وصلية اشتد وفي الحد بالسكر
منها اي من المثلث روايتان في رواية يحد به وفي اخرى لا والصحيح وجوبه اي الحد
لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة المحرمة بل فوق
ذلك وكذا المتخذ من الالبان اذا اشتد على هذا الخلاف وقيل ان المتخذ من لبن الرماك
لا يحل عند ابي ح اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته

مطلب هل يقع طلاق من سكر من المثلث والبنج ولبن الرماك

من قطع مادة الجهاد او لاحترامه لكونه آلة الجهاد فلا يتعدى الى لبنه ووقوع طلاق
من سكر منها اي من المثلث تابع للحرمة فمن قال بحرمتها قال بوقوع الطلاق بالسكر
منها ومن لا فلا قال في الهداية قال محمد في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة
فلا باس به قالوا هذا الجواب على هذا العموم نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير
والعسل والذرة حلال عند ابي ح ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق
السكران منه بمنزلة القائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك هذا كله عند ابي ح
وابي يوسف والكل اي كل من الاشربة والانبذة المتخذة من التمر والزبيب والحنطة
والشعير والعسل والذرة حرام عند محمد وبه اي بقول محمد يفتى ويحد شاربه عنده
ويقع طلاق من سكر منها وكذا عند الشافعي كما في سائر الاشربة المحرمة والخلاف
انما هو عند قصد التقوي بالشرب اما عند قصد التلهي فحرام اجماعا لان التلهي
حرام فكذا ما يفضي اليه وخل الخمر الاضافة لادنى ملابسة اي الخل المنقلب من الخمر
حلال ولو وصلية خللت بعلاج كالقاء الملح او الخبز اليها مثلا وقال الشافعي ان خللها

ان خللها بالقاء شيء كالملح والخل ونحوهما لا يحل ذلك الخل قولا واحدا وان خللها
بالنقل من الظل الى الشمس او ايقاد النار بالقرب منها بغير القاء شيء فلا يحل في
قول ويحل في قول آخر ولنا اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم نعم الادام الخل فيتناول
جميع صورها ولان في التخليل ازالة الوصف المفسد واثبات صفة الصلاح فيه
والتغذي به فيحل ولا باس بالانتباذ اي اتخاذ النبيذ في الدباء بضم الدال وتشديد
الباء وبالمد القرع والحنتم هو الخزف الاخضر او كل خزف وعن ابي عبيد هي جرار حمر
تحمل فيها الخمر الى المدينة كذا في المغرب والمزفت وهو الظرف المطلي بالزفت والنقير
وهو ظرف يكون من الخشب المنقورة كذا في المغرب فان هذه ظروف يختص بالخمر في
الجاهلية نهي عن الانتباذ فيها في ابتداء الاسلام ثم نسخ واباح النبي صلى الله عليه وسلم
الانتباذ فيها ثم ان كان الانتباذ في هذه الظروف قبل استعمالها في الخمر لا اشكال
في حله وطهارته وان استعمل فيها الخمر ثم انتبذ فيها ينظر فان كان الوعاء عتيقا يطهر
بغسله وان كان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند
ابي يوسف يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة كذا في الزيلعي ويكره شرب دردي الخمر
وهو ما بقي من اسفله والامتشاط به لان فيه بعض اجزاء الخمر فكان حراما نجسا
ولا يجوز ان يداوى به كالخمر نفسها ولا ان يسقي ذميا ولا صبيا والوبال على من
سقاه كذا في الزيلعي ولا يحد شاربه بلا سكر وقال الشافعي يحد لان فيه قطرة
الخمر قلنا ان وجوب الحد للزجر والزاجر يشرع فيما تميل الطبع اليه ولا تميل الطباع
الى شرب الدردي بل تعافه وتنفر منه فكان ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد

مطلب لا يجوز التداوي بالخمر

في غير الخمر الا بالسكر فكذا هنا ولا يجوز الانتفاع بالخمر ولا ان يداوي بها جرح ولا دبر
وهو مرض معروف دابة ولا يسقي آدميا ولو وصلية صبيا للتداوي لان الانتفاع
بالنجس حرام بخلاف ما لو شرب لضرورة العطش فانه يجوز مقدار دفع الضرورة
قال في الخلاصة نقلا عن شرح الطحاوي لا يحل شرب الخمر الا عند ضرورة العطش بشرب
قدر ما يندفع به عطشه وفي فتاوى القاضي الامام فلو ان المضطر شرب الخمر مقدار

مايرويه وزيادة ولم يسكر قالوا ينبغي ان يلزمه الحد كما لو شرب هذا القدر حالة الاختيار
ولم يسكر ولو خلط الخمر بالماء ان كان الماء قليلا او كانا سواء يحد شاربه اذا وصل
الى جوفه وان كانت الغلبة للماء لا يحد شاربه الا اذا سكر ولا تسقى الدواب لانه من باب
الانتفاع بها قال في الخلاصة ولو سقى الشاة خمرا ثم ذبحها من ساعته يحل من غير كراهة
وان مضى عليها يوم او اكثر يحل مع الكراهة وذكر الكرخي انه لا يحل النظر في الخمر على وجه
التلهي ولا ان يبل بها الطين وقيل لا يحمل الخمر اليها اي الى الدابة فان قيدت الدابة
الى الخمر فلا باس به كما في الكلب مع الميتة فانه لو قيد الكلب وارسل الى الميتة لا باس به
بخلاف حمل الميتة الى الكلب لان حمل النجس للانتفاع لا يجوز ولا باس بالقاء الدردي في الخل
لانه يصير خلا لكن يحمل الخل اليه دون عكسه

كتاب الصيد

هو مصدر صاد
يصيد وقد يراد به المفعول بتسمية للمفعول بالمصدر والاصطياد بمعناه ولذا قال
هو الاصطياد وهو حلال او حرام لان الصايد اما ان يكون محرما او لا فان كان محرما فهو
حرام وان لم يكن محرما فاما ان اصطاد في الحرم او لا فان اصطاد فيه فكذلك والا فهو
حلال بعد وجود شرائط وهو خمسة عشر على ما ذكره في الخلاصة والبزازية خمسة
في الصايد وهو ان يكون من اهل الذكوة وان يوجد منه الارسال وان لا يشاركه
في الارسال من لا يحل صيده وان لا يترك التسمية عامدا وان لا يشتغل بين الارسال
والاخذ بعمل آخر وخمسة في الكلب وهو ان يكون معلما وان يذهب على سنن
الارسال وان لا يشاركه في الاخذ كلب من لا يحل صيده وان يقتله جرحا وان
لا ياكل منه وخمسة في الصيد وهو ان لا يكون من الحشرات وان لا يكون من
بنات الماء الا السمك وان يمنع نفسه بجناحيه او قوائمه وان لا يكون
متقويا بانيابه او بمخلبه وان يموت بهذا الاصطياد قبل ان يصل الى ذبحه وزاد
السرخسي في الصيد شرطا آخر وهو ان يكون مما يحل تناوله وان يكون ممتنعا
وحشيا وان لا يتوارى عن بصره وان لا يقعد عن طلبه حتى يجده وفي الكتاب ايضا
اشارة الى هذه الشروط على ما سيأتي وهو اي الاصطياد جائز بالجوارح

مطلب وحكم لحم شاة شربت خمرا

بالجوارح جمع جارحة وهي الكاسبة المعلمة بصيغة المفعول كالكلب المعلم والفهد
المعلم والشاهين المعلم والباشق المعلم والعقاب المعلم والاصل فيه قوله تعالى
وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله والمحدد بصيغة المفعول
من سهم وغيره من المحدد مما يوكل لاكله وما لا يوكل لجلده وشعره او ريشه
او لاستدفاع شره وكل هذا مشروع ولا بد فيه اي في الصيد هذا شروع في بيان
شرطه من الجرح فيه اشارة الى ما ذكرناه من الخلاصة والبزازية من انه لا بد
ان يقتله الكلب جرحا والى انه لا بد ان يموت بهذا الاصطياد يعني لو وجد ميتا
قبل ان يصل الى ذبحه لا بد ان يموت من جرح الكلب ومن هذا الاصطياد بخلاف
ما لو وصل اليه قبل موته حيا لا بد ان يذبحه وكون المرسل اي مرسل الكلب ونحوه
من الجوارح المعلمة او الرامي اي رمى المحدد من السهم وغيره مسلما او كتابيا
فيه اشارة الى الشرط في الصايد وكونه من اهل الذكاة وان لا يترك التسمية
عمدا عند الارسال او الرمي بخلاف ما لو تركه نسيانا فانه لا يضر وهو احد
الشروط الخمسة المذكورة في الصايد وكون الصيد ممتنعا اي يمنع نفسه
بجناحيه او قوائمه يعني ان يكون متوحشا وهو احد الشروط المذكورة في
الصيد وان لا يقعد الصايد عن طلبه بعد التواري عن بصره حتى يجده وان
لا يشاركه المعلم اي الكلب المعلم او البازي المعلم غير الكلب او البازي المعلم
او مرسل اسم مفعول من لا يحل ارساله كالمجوسي اي لا يشاركه المعلم معلم من
ليس باهل للارسال الى الصيد كالمجوسي لان المشرط كون المرسل مسلما او كتابيا
وان لا تطول وقفته اي وقفة الكلب المعلم بعد الارسال لغير الكمان اي استتار
واختفاء للصيد متعلق بالكمان يعني يحل اكل الصيد بشرط ان لا يطول
مكثه بعد الارسال لان المكث للصيد حيلة منه ليتمكن من الصيد ثم وثب
عليه فلا يقطع الارسال بخلاف ما لو مكث بعد الارسال للاستراحة فانه
يقطع الارسال فلم يكن الاصطياد مضافا الى الارسال فلا يحل ويجوز

الاصطياد بكل جارح اى كاسب علم على صيغة المجهول من التفعيل من ذى ناب
اى يصيد بنابه كالكلب المعلم والفهد المعلم بخلاف الاسد والذئب والدب
والخنزير فانه لا يجوز الاصطياد بها اما الخنزير فلنجاسة عينه لا يجوز الانتفاع
بها واما الاسد فلانه لا يعمل لغيره لعلو همته واما الذئب والدب فلانهما
لا يعملان لغيرهما لكمال خساستهما ومن شان التعليم ان يعمل المعلم اسم مفعول
لغيره لا لنفسه او مخلب اى يصيد بمخلبه من الطيور كالشاهين والباشق
والعقاب المعلم ويثبت التعلم بغالب الراى او بالرجوع الى اهل الخبرة عند
ابى ح وعندهما وهو رواية عن الامام يثبت فى ذى الناب بترك الاكل ثلثا حتى
لا يحل ما اصطاده ثالثا على هذه الرواية لانه انما يصير معلما بتركه ثلثا لان تركه
مرة او مرتين يحتمل ان يكون شبعا منه فاذا تركه ثلثا دل على انه صار عادة له وهو
من امارة التعلم ولان الكثير هو الذى يقع امارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير
وادنا ما الثلاثة فقدر بها والمراد بذى الناب الكلب واما الفهد ونحوه فلا بد فى معرفة
تعلمهما من ترك الاكل والاجابة اذا دعيا كما صرح به فى الدرر وفى ذى المخلب بالاجابة
اذا دعى بعد الارسال فلو اكل منه اى من الصيد البازى اكل ذلك الصيد وهو
على صيغة المجهول وهذا لان اكله مما اصطاده لا يضر تعلمه لان تعلمه بالاجابة
اذا دعى لا بترك الاكل لا يؤكل ان اكل منه اى من الصيد الكلب او الفهد لان تعلمهما
بترك الاكل فاكله يدل على عدم تعلمه فلا يحل اكل ما اكله من الصيد فان اكل الكلب
او الفهد او ترك البازى ونحوه من ذى المخلب الاجابة بعد الحكم بتعلمه حرم ما صاد
بعده حتى يتعلم لان كلا من الاكل والترك آية الجهل فلا يكون معلما فلا يحل وكذا
اى حرم اكل ما صاد قبله اى قبل الاكل بعد الترك ثلث مرات وبقى ذلك الصيد
فى ملكه هذا عند ابى ح خلافا لهما يعنى ان الصيود التى اخذها الكلب او البازى الذى
حكم بتعلمه قبل الاكل والترك لا يخلو من ثلاثة اوجه فما اكل المالك منها فلا يظهر
الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان فى المفازة بعد تثبت الحرمة فيه

فيه بالاتفاق وما هو محرز فى بيت المالك بان بقى فى بيته بعد ما صاد الكلب او البازى
قبل الاكل ثم اكل صيدا آخر فهو حرام عند ابى ح خلافا لهما هما يقولان ان الاكل ليس يدل
على الجهل فيما قبله لان الحرفة قد تنسى فيقتصر الحرمة على ما اكل وما بعده ولان فيما احرزه
فى بيته قد امضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينتقض باجتهاده مع اخر مثله لان المقصود وهو الاحراز قد حصل بالاول
بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم
الاحراز فحرمنا احتياطا ولابى ح ان اكله اية جهله من الابتداء فاذا اكل تبين انه كان
ترك الاكل للشبع لا للعلم كذا فى الهداية فان شرب الكلب من دمه اى دم ما صاده
ولم ياكل لحمه او نهسه اى عضه فقطع منه اى مما صاده بضعة فرماها اى البضعة
واتبعه اى الصيد اكل الصيد فى كل من الصورتين لان تمليك الصيد عليه وهذا فى
غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك ما يصلح له وان وصلية اكل
الكلب تلك البضعة بعد صيده لانه لم يبق صيدا فصار كما اذا القى عليه طعاما
غيره وكذا يحل اكله لو اكل الكلب او البازى ما اطعم صاحبه من الصيد او اكل
هو بنفسه منه اى من الصيد بعد احراز صاحبه لانه لم يبق بعد الاحراز صيدا
فصار كما اذا اكل شيئا من طعام صاحبه بخلاف ما لو اكل القطعة المقطوعة من الصيد
قبل اخذه اى اخذ الكلب الصيد ثم ادرك الصيد فقتله ولم ياكل منه حيث لا يحل
اكله لانه صيد كلب جاهل حيث اكل من الصيد وان خنق الكلب ولم يجرح لا يؤكل
لان الجرح شرط على ما تقدم وكذا ان شاركه الكلب المعلم كلب غير معلم او كلب مجوسى
او كلب ترك مرسله التسمية عمدا لانعدام شرط الحل فيها كما تقدم وان ارسل
مسلم كلبه فزجره اى اغراه بالصيح فانزجر الكلب بالاغراء بالصيح بان زاد طلبه
حل اكله وبالعكس اى ارسل مجوسى كلبه فزجره مسلم فانزجر حرم لفقد الشرط
وهو كون المرسل مسلما او كتابيا وان لم يرسله احد فزجره مسلم او غيره فالعبرة
للزاجر وان ارسله ولم يسم ثم زجره فسمى فالعبرة لحال الارسال لانه
بمنزلة امرار الشفرة بالذبح وان ارسله على صيد بعينه فاخذ ذلك الكلب غيره

اي غير ذلك الصيد المرسل اليه حل ما اخذه ما دام الكلب على سنن ارساله وقال مالك
لا يحل لانه اخذه بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه والتسمية وقعت عليه
فلا يتحول الى غيره كما اذا اضجع شاة وسمى عليها فخلاها وذبح غيرها بتلك التسمية
وقال ابن ابي ليلى يتعين المعينة بالتعيين مثل قول مالك حتى لا يحل غيره بذلك
الارسال ولو ارسل من غير تعيين يحل ما اصابه خلافا لمالك وهذا بناء على ان
التعيين شرط عند مالك وعنده ليس بشرط ولكن اذا عين يتعين وعندنا
التعيين ليس بشرط ولا يتعين بالتعيين ايضا لان الشرط ما يقدر عليه المكلف
ولا يكلف بما لا يقدر عليه والذي في وسعه اتخاذ الارسال دون التعيين لانه لا يمكنه ان
يعلم الكلب او البازي على وجه لا ياخذ غير ما عينه ولان التعيين غير مفيد في حقه ولا
في حق الكلب لان الصيود كلها فيما يرجع الى مقصوده سواء وكذا في حق الكلب لان
قصده الى اخذ كل صيد يتمكن من اخذه بخلاف ما استشهد به مالك لان التعيين
في الشاة ممكن وكذا غرضه متعلق بعين فيتعلق التسمية هناك بالمضجع للذبح
وكذا لو ارسله على صيود بتسمية واحدة فاخذ كلها حلت كلها لان الذبح يقع
بالارسال ولهذا يشترط التسمية عند الارسال والفعل وهو الارسال واحد
فيكتفى بتسمية واحدة فصار كما اذا اضجع شاتين احديهما فوق الاخرى فذبحهما
دفعة واحدة بتسمية واحدة وان ارسل الفهد فكمن الفهد واستتر على ما هو عادته
عند الصيد حتى يستمكن ثم اخذ الصيد حل لان ذلك عادته فلا ينقطع به فور الارسال
وعد ذلك منه من الخصال الحميدة قال الحلواني للفهد خصال حميدة ينبغي للعاقل ان
ياخذ ذلك منه منها انه يكمن للصيد حتى يستمكن منه فيحصل مقصوده من غير
اتعاب نفسه وهكذا ينبغي للعاقل ان لا يجاهر عدوه بالخلاف ولكن يطلب الفرصة
حتى يستمكن منه فيحصل مقصوده من غير اتعاب نفسه ومنها انه لا يعدو خلف
صاحبه حتى يركبه خلفه وهو يقول هو المحتاج الي للصيد فلا اذل نفسي وهكذا
ينبغي للعاقل ان لا يذل نفسه فيما يفعل لغيره ومنها انه لا يتعلم بالضرب ولكن
يضرب

يضرب الكلب بين يديه اذا اكل من الصيد فيتعلم بذلك وهكذا ينبغي للعاقل ان
يتعظ بغيره ومنها انه لا يتناول الخبيث من اللحم وانما يطلب من صاحبه اللحم الطيب
وهكذا ينبغي للعاقل ان لا يتناول الا الطيب ومنها انه يثب ثلثا او خمسا فان لم
يتمكن من اخذه تركه ويقول لا اقتل نفسي لغيري وهكذا ينبغي لكل عاقل وكذا الكلب
اذا اعتاد ذلك اي الاختفاء لانه لا يقطع فور الارسال كما في الفهد ولو ارسله على
صيد فقتله ثم اخذ صيدا اخر اكلا جميعا لان الارسال لم ينقطع كما اذا رمى
صيدا فاصاب السهم اثنين فانه اكلا جميعا بخلاف ما لو جثم على الاول طويلا
ثم مر به صيد اخر فقتله لا يوكل الثاني لانقطاع الارسال بمكثه طويلا اذ لم يكن ذلك
حيلة منه للاخذ وانما هو للاستراحة ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على
شي ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله يوكل اذ لم يمكث زمنا طويلا للاستراحة وانما
مكث ساعة للتمكن منه ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدرى ارسله انسان
او لا لا يوكل لوقوع الشك في الارسال ولا يثبت الاباحة بدونه ولئن كان مرسلا
فهو مال الغير فلا يجوز تناوله الا باذن صاحبه ولو ارسل كلبين فجرحه احدهما
وقتله الاخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا
ما لم يكن ارسال احدهما بعد ما اثخنه الاول ولو ارسل رجلان كل واحد منهما
كلبا فجرحه احدهما وقتله الاخر اكل اذا كان ارسال الثاني قبل اثخان الاول لما ذكرناه
والملك لصاحب الاول اذا كان اثخنه قبل ان يجرحه الثاني لانه اخرجه عن حد الصيد
فملكه به ولا يحرم بجرح الثاني بعدما اثخنه الاول لان ارسال الثاني حصل الى الصيد
قبل ان يثخنه الاول ولان المعتبر في الحل والحرمة حالة الارسال لقدرته على الامتناع ولا
يعتبر بعده لعدم قدرته عليه كذا في الزيلعي ولما ذكر حكم الالة الحيوانية شرع
في بيان حكم الالة الجمادية فقال واذا رمى بسهم وسمى اكل ما اصاب ان جرحه
لما رواه البخاري ومسلم مرفوعا انه صلى الله عليه وسلم قال لعدي بن حاتم اذا رميت
سهمك فاذكر اسم الله عليه فان وجدته قد قتل فكل الا ان تجده قد وقع في ماء

فانك لا تدري الماء قتله ام سهمك وفي اطلاق قوله ما اصاب اشارة الى ما ذكره في الزيلعي
ومن سمع حسا اي صوتا ظنه حس صيد فرماه او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا
ثم تبين انه حس صيد حل المصاب سواء كان الصيد المسموع حسه ماكولا او غير ماكول
بعد ان كان المصاب ماكولا لانه وقع اصطيادا مع قصده الاصطياد وعن ابي يوسف
انه خص من ذلك الخنزير لتغليظ حرمته وزفر خص منها ما لا يوكل لحمه لان الاصطياد
لا يفيد الاباحة فيه وجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص بالماكول لقوله تع واذا حللتم
فاصطادوا ومباحا صحابنا ما بجنسه التناول ترجع الى المحل فيثبت بقدر ما يقبلها المحل لحما
او جلدا وقد لا يثبت بالكلية اذا لم يقبلها المحل كالخنزير واذا وقع اصطيادا صار
كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس جراد او سمك فالمصاب لا يوكل لان
الذكاة لا تقع عليهما فلم يكون الفعل ذكاة كذا في النهاية وان تبين ان المسموع حسه
آدمي او حيوان اهلي او ظبي مستانس او موثق لا يحل المصاب لان الفعل لم يقع اصطيادا.
ولا يقوم مقام الذكاة ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه ادميا فتبين انه صيد حل
لانه لا معتبر بظنه مع تعينه صيدا على ما ذكره في الهداية واختاره المص كما ذكره.
في آخر هذا الكتاب وذكر في الزيلعي عزوا الى المنتقى اذا سمع حسا فظن انه انسان
او دابة او حية فرماه فاذا ذلك الذي سمع صيد فاصاب سهمه ذلك الصيد الذي
سمع او اصاب صيدا آخر فقتله لا يوكل لانه رماه وهو لا يريد الصيد ثم قال في المنتقى
ولا يوكل الصيد الا بوجهين ان يرميه وهو يريد الصيد وان يكون الذي اراده.
او سمع حسه ورمى اليه صيدا سواء كان مما يوكل او لا وهذا يناقض ما ذكره في الهداية
من انه حل لانه لا معتبر بالظن وقال في الزيلعي وما ذكر في المنتقى اوجه لان الرمي الى الآدمي
ونحوه ليس باصطياد ولا يمكن اعتباره ولو اصاب صيدا والجواب عنه سيأتي في آخر
هذا الكتاب ان شاء الله تع وان تركها اي التسمية عمدا حرام لانها شرط الحل بالنص -
والاجماع وان وقع السهم به اي بصيد فتحامل الصيد بذلك السهم وغاب
الصيد عن بصره متحاملا بسهم ولم يقعد المالك عن طلبه اي طلب الصيد ثم وجده ميتا

ميتا حل ان لم يكن به جراحة غير جراحة السهم ولا يحل ان قعد عن طلبه
ثم وجده لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كره اكل الصيد اذا غاب عن الرامي وقال
لعل هوام الارض قتلته ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فلا ينبغي ان يحل
اكله لان الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا الا انا اسقطنا اعتباره ما دام في
طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا كان قعد عن طلبه
لامكان التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك في قوله
ان ما توارى عنه اذا لم يبت يحل كذا في الهداية فظهر منه ان من شرط الحل
عندنا ان لا يتوارى عن بصره وان توارى فان لا يقعد عن طلبه والا فيحرم وعند
مالك ليس شيء من عدم التوارى وعدم القعود عن طلبه بعد التوارى شرطا
بل الشرط عدم طول التوارى بالبيتوتة وجعل قاضيخان في فتاواه عدم
التوارى من شروط حل الصيد حيث قال والشرط السابع ان لا يتوارى
عن بصره او لا يقعد عن طلبه فيكون في طلبه ولا يشتغل بعمل آخر حتى يجده
لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن
عباس رضي الله عنهما كل ما اصميت ودع ما انميت والاصماء ما رايته والانماء
ما يوارى عنك وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لعدي بن حاتم
وان وقعت رميتك في الماء فلا تاكل فانك لا تدري ان الماء قتله ام سهمك
انتهى والحكم فيما جرحه الكلب كالحكم فيما جرحه السهم فيما ذكر من الاحكام
وكذا الحكم في ارسال البازي كالحكم فيما جرحه السهم فان رماه اي الصيد فوقع
في ماء او على سطح او على جبل او حجر او شجر او حائطا واجرة ثم تردى الى الارض
فمات حرم لقوله تع والمتردية ولما رواه البخاري ومسلم انه صلى الله عليه وسلم
قال لعدي ابن حاتم اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فان وجدته قد
قتل فكل الا ان تجده قد وقع في ماء فانك لا تدري الماء قتله ام سهمك والحاصل
انه احتمل موته بغيره لان هذه الاشياء مهلكة ويمكن الاحتراز عنها

فيحرم بخلاف ما اذا كان لا يمكن التحرز عنه وكذا اي حرم لو وقع على رمح منصوب
او قصبة قائمة او حرف آجرة فجرح بها اي بهذه الاشياء وهذا لاحتمال موته بهذه
الاشياء لانها مهلكة ويمكن الاحتراز عنها وان وقع على الارض ابتداء حل لانه
لا يمكن التحرز عنه فسقط اعتباره كيلا ينسد باب الاصطياد بخلاف ما اذا امكن
التحرز عنه كما في الصورة المذكورة فانه يعتبر فان اعتباره لا يؤدي الى سد باب الاصطياد
وكذا اي حل لو وقع الصيد على صخرة اي حجر عظيم او آجرة فاستقر ولم ينجرح لعدم
احتمال موته بسبب آخر قيده بعدم الانجراح لما ذكره في المنتقى لو رمى صيدا فوقع
فانفلق رأسه او انشق بطنه لم يؤكل لاحتمال موته بسبب آخر قال الحاكم ابو
الفضل وهذا خلاف اطلاق الجواب المذكور في الاصل وهو قوله لو وقع على صخرة
فاستقر بدون تقييده بالانجراح ولكن يجوز ان يكون اطلاق الجواب المذكور
في الاصل فيما عدا هذا المفسر لان حصول الموت بانفلاق الرأس وانشقاق البطن
ظاهر وبالرمي موهوم متردد فالظاهر اولى بالاعتبار من الموهوم فيحرم بخلاف
ما اذا لم تنشق ولم تنفلق لان موته بالرمي هو الظاهر فلا يحرم فيحمل اطلاق
الجواب في الاصل عليه وحمل السرخسي ما ذكر في المنتقى على ما اذا اصابه حد الصخرة
فانشق كذلك وحمل المذكور في الاصل على انه اذا لم يصبه من الصخرة الا ما يصيبه
من الارض لو وقع عليها فحل لذلك هكذا ذكره في الزيلعي وقال وكلا التاويلين ومعناهما
صحيح لان كلا منهما يحتمل فيحمل ما ذكر في الاصل على ما اذا مات بالرمي وما ذكر في المنتقى
على ما اذا مات بغيره وفي لفظ المنتقى اشارة اليه الا ترى انه قال لاحتمال الموت
بسبب آخر غير الرمي وهذا يرجع الى الاختلاف اللفظ دون المعنى فلا يبالى به انتهى
وان وقع في الماء فمات حرم لما رويناه وبيناه وان كان الطير مائيا فوقع فيه
فان انغمس جرحه فيه اي في الماء حرم لاحتمال الموت بانغماسه في الماء دون الرمي
لان شرب الجراحة الماء سبب لزيادة الالم والا اي وان لم ينغمس جرحه حل
لعدم احتمال الموت بالانغماس ويحرم ما قتل المعراض وهو السهم الذي لا ريش له

له بعرضه لانه لا يخرق الجلد ولا يجرح في الاغلب والاصل لوجود الشرط وهو الجرح
كذا في الاختيار والبندقة اي يحرم ما قتلته البندقة وهي طينة مدورة او رصاص
مدور يرمى بها ولم يجرح هذا القيد لم يذكر في الهداية والكنز وغيرهما قلت الصواب
تركه كما في الكتب لان ذكره يشعر ان البندقة لو جرحته يحل والحال انه لا يحل ولو جرحته
على ما هو الظاهر من الهداية والزيلعي وبه صرح ابن نجيم في فتاواه وسننقله بعبارته
وهذا لان البندقة اما تقتل فيحتمل انه مات من ثقله او خفيف غير محدد وشرط
الحل ان كان الرمي خفيفا ان يكون محددا وان اصابه بحجر وجرحه بحده فان
كان الحجر ثقيلا لا يؤكل لاحتمال انه قتله بثقله وان كان خفيفا اكل لانه قتله
بحده هكذا ذكره في الهداية حيث قال ولا يؤكل ما اصابته البندقة فمات بها
لانه يدق ويكسر ولا تجرح فصار كالمعراض اذا لم يخرق وكذلك ان رماه بحجر
فمات لا يؤكل وان جرحه اذا كان ثقيلا وبه حدة لاحتمال انه قتله بثقله وان
كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله
طويلا كالسهم وبه حدة فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة
ولم يبضع بضعا لا تحل لانه قتله دقا وهذا اذا رماه بها فابان رأسه او قطع
اوداجه لان العروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع بالقطع فوقع الشك او لعله
مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا
لا جرحا اللهم الا اذا كان له حدة فبضع بضعا فلا باس به لانه بمنزلة السيف
والرمح والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين
كان الصيد حلالا وان كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك
ولا يدرى انه مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا انتهى فظهر منه
ان ما قتله الصياد من الطيور بالبندقة الثقيلة من الرصاص ونحوه لا يؤكل
وان جرح لاحتمال انه مات من ثقلها لا من جرحها ولهذا قال في شرح النقاية
للقهستاني حرم ما قتله معراض بعرضه او بندقة ثقيلة ذات حدة وان جرحته

لاحتمال ان يكون بثقله ولو كانت خفيفة ذات حدة وجرحته حل لانه قتل بالجدة انتهى وبجزمته صرح ابن نجيم في كتاب الصيد من فتاواه حيث قال سئل عمن اصطاد طيورا بالبندق الرصاص والطين هل يحل اكلها اجاب لا يحل اكلها انتهى بلفظه وقال في الحاوي القدسي ولا يؤكل ما اصابته البندقة ان مات منها والحاصل ان شرط الحل ههنا كون ما يرمي خفيفا محددا وان يكون الصيد مجروحا به حتى لو كان ما يرمي ثقيلا محددا لا يؤكل وان جرح لاحتمال موته من الثقل ولو لم يكن الصيد مجروحا به لا يؤكل ايضا وان كان ما يرمي خفيفا محددا ومطلق الجرح لا يكفي في الحل بل لا بد ان يكون الجرح من الخفيف المحدد ومنه ظهر ضعف ما قال في فتاوى قاضيخان ومثقل الحديد وغير الحديد سواء ان خرق حل والا فلا انتهى فان المفهوم منه جواز الاكل بمطلق الجرح وان كان الجارح ثقيلا وان لم يجرحه لا يؤكل مطلقا اي سواء كان الحجر المرمي ونحوه ثقيلا او خفيفا لان الجرح من شروط الحل وقد فقد ولو رماه بسيف او سكين فاصابه بظهره او مقبضه فقتله لا يؤكل وكذا لو اصاب قفاء السكين لا يؤكل بخلاف ما لو اصاب السكين او السيف بحده وجرحه فانه يؤكل لانه بمنزلة الذبح الحقيقي وشرط في الجرح الادماء اي انهار الدم وقيل لا يشترط فلو جرح ولم يخرج الدم لا يحل على القول الاول لانعدام معنى الذكاة فيه وهو اخراج الدم النجس وقد شرط النبي صلى الله عليه وسلم بقوله انهر الدم بما شئت ويحل على القول الثاني لانه اتى ما في وسعه وهو الجرح واخراج الدم ليس في وسعه فلا يكون مكلفا به لان الدم قد يحتبس لغلظه او لضيق المنفذ بين العروق وقيل ان كان الجرح كبيرا لا يشترط الادماء وان صغيرا يشترط وان اصاب السهم ظلفه قال في المصباح الظلف من الشاة والبقر كالظفر من الانسان او قرنه فان ادماه حل والا فلا يحل بالاتفاق وان رمى صيدا بسيف او سكين فقطع عضوا منه اكل الصيد ان مات من جرحه دون العضو وقال الشافعي اكلا جميعا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل كالمبان بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله

قوله صلى الله عليه وسلم ما قطع من بهيمة وهي حية فما قطع منها فهو ميتة ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة لان المبان منه ههنا حي حقيقة لقيام الحيوة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه جراحة ولهذا اعتبر هذا القدر من الحياة حتى لو وقع في الماء وفيه قدر هذا من الحياة يحرم بخلاف ما اذا ابين بذكاة الاختيار لان المبان منه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الماء في هذه الحالة او تردى من الجبل لا يحرم لان موته قد حصل بالذكاة حكما فلا يضاف الى غيره وان كان حصل بذلك حقيقة والجواب عن قوله ابين بالذكاة انه حال وقوعه لم يقع ذكاة لقيام الحياة في الباقي حقيقة وحكما وانما تقع ذكاة عند موته وفي ذلك الوقت لا يظهر في المبان لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال فصار الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل كذا في الزيلعي وان قطعه ولم يبنه فان احتمل التيامه اكل العضو ايضا والا اي وان لم يحتمل الالتيام فلا يؤكل لانه بعد ابانته وان قده اي قطع الصيد نصفين طولا او عرضا على ما في المضمرات وقاضيخان او اثلاثا والاكثر اي الثلثان من جانب العجز اكل الكل اما في الاول فلانه لا يتوهم بقاء الصيد حيا بعد ذلك فكان ذلك بمنزلة الذبح الحقيقي كذا في قاضيخان واما في الثاني فلان ما بين النصف الى العنق مذبح لان الاوداج تكون من القلب الى الدماغ فاذا ابان الثلث مما يلي الراس والثلثان مما يلي العجز فقد وقع الذبح بقطع الاوداج نفسه فيكون ذلك بمنزلة الذبح الحقيقي ايضا كذا في العناية وقاضيخان بخلاف ما اذا ابان الثلثين مما يلي الراس والثلث مما يلي العجز فانه يؤكل الثلثان مما يلي الرأس ولا يؤكل الثلث مما يلي العجز لان فعله هذا لم يقع ذبحا لعدم قطع الاوداج وكذا لو قطع يده او رجله او فخذه او اقل من نصف راسه يحرم المبان ويحل المبان منه لما ذكرناه وكذا لو قطع نصف رأسه او اكثر رأسه اي حل الاكل لانه لا يتوهم بقاؤه حيا بعد ذلك فكان ذلك بمنزلة الذبح بخلاف ما اذا قطع اقل من نصف رأسه كما ذكرناه هذا كله اذا لم تدرك ذكاته واذا ادرك الصيد حيا فوق حياة المذبوح فلا بد من ذكاة لانه قدر على الاصل

وهو الذكاة الاختياري قبل تقرر الفرع وهو الذكاة الاضطراري وان تركها اي الذكاة الاختياري
متمكنا منها حرم اكله لانه ترك الاصل وهو الذكاة الاختياري بعد ان قدر عليه قبل تقرر البدل
فلا بد منه فاذا تركه يحرم عليه تناوله لانه يصير ميتة بترك الاصل وكذا اي يحرم لو كان المدرك
غير متمكن من الذكاة في ظاهر الرواية عن ابي ح وعنه وعن ابي يوسف انه يحل عند عدم التمكن
منها وهو قول الشافعي ايضا لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا راى الماء ولم يقدر على
الاستعمال وجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه ثبت يده على المذبح وهو قائم مقام التمكن
من الذبح اذ لا يمكن اعتبار الذبح نفسه حقيقة لانه لا بد له من مدة والناس متفاوتون
فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح فلا يمكن ضبطه فادير الحكم
على ثبوت اليد لانه هو المشاهد المعاين فلا يحل اكله الا بالذكاة سواء كانت حيوته
خفية او بينة بخلاف ما اذا بقي فيه من الحياة قدر ما بقي في المذبوح لانه ميت حكما ولهذا
لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع فيه وهو ميت وفصل بعضهم وقال
انه ان لم يتمكن منها لفقد الآلة لم يؤكل لان التقصير منه وان لم يتمكن منها لضيق الوقت
يؤكل وان لم يبق من حياته الا مثل حياة المذبوح وهو ما لا يتوهم بقاؤه فلم يدركه حيا
وهو جواب الشرط المذكور اي يحل اكله لما ذكرناه من انه ميت حكما والميت ليس بمذبح لان
هذا القدر من الحياة لا يعتبر قال الصدر الشهيد ان هذا بالاجماع وقيل ليس بالاجماع
بل هذا قولهما والحكم عند الامام لا بد من تذكيته ايضا اي كما اذا ادركه حيا حياة فوق
حياة المذبوح فان ذكاه حل والا فلا يحل بناء على ان الحياة الخفية معتبرة عنده لا عندهما
وكذا اي يحل ان ذكى المتردية اي الساقطة من مكان مرتفع والنطيحة اي المضروبة بالقرن
والموقوذة اي المضروبة بالخشب والتي نفر اي شق الذئب بطنها وفيه اي في كل من
هذه الاربعة حياة خفية او جلية حل عند ابي ح وعليه الفتوى وعند ابي يوسف ان
كان لا يعيش مثله لا يحل وعند محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش المذبوح حل والا فلا
وجه ابي ح قوله تعالى الا ما ذكيتم لانه استثناء مطلقا من غير فصل ووجه ابي يوسف انه
اذا كان في هذه الحالة لم يكن موته مضافا الى الذبح ووجه محمد انه لا عبرة بالحياة الخفية

مطلب يحل اكل المتردية والنطيحة والتي شق بطنها الذئب ان ذبحت

الخفية وان رمى صيدا فاثخنه قال في المصباح اثخنته اوهنته بالجراحة واضعفته
واخرجه عن حيز الامتناع ثم رماه اخر فقتله حرم اكله لانه لما خرج بالرمي الاول
عن حيز الامتناع وصار الاول قادرا على ذكاة الاختيار وجب عليه ذكاته فلما قتله
الثاني قبل ذكاة الاول صار قاتلا له بعد وجوب ذكاة الاختيار فتحرم اكله لهما
كيف ولو ترك ذكاته بعد القدرة عليها كان يحرم فالقتل اولى ان يحرم به لكن
هذا اذا كان الصيد بحال يحتمل ان يسلم من الاول لان موته ح يضاف الى الثاني
فيحرم اما اذا كان الرمي الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر
ما يبقى في المذبوح فيحل لان موته لا يضاف الى الرمي الثاني فلا اعتبار بوجوده
وعدمه لكونه ميتا حكما ولهذا لو وقع في الماء في هذه الحالة لا يحرم لوقوعه فيه بعد موته
ولو كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد لكن حياته فوق حياة المذبوح بان كان
يبقى يوما او يومين فعند ابي يوسف لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحياة عنده
غير معتبر وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحياة معتبر عنده كما تقدم فصار
حكمه كحكم ما اذا كان الاول يسلم منه فلا يحل وضمن الثاني قيمته مجروحا للاول
لانه اتلف صيدا مملوكا للغير لانه ملكه بالاثخان وقد حرمه الثاني بقتله فكان متلفا
فيلزمه قيمة ما اتلف وقيمته وقت اتلافه كان ناقصا بجراحة الاول فيلزمه ذلك
لان قيمة المتلف تعتبر وقت الاتلاف فصار كما لو اتلف عبدا مريضا او شاة مجروحة
فانه يلزمه قيمته منقوصا بالمرض والجرح هكذا ذكره في الهداية ثم قال تاويله
انه اذا علم ان القتل بالثاني بان كان الاول بحال يمكن ان يسلم الصيد منه والثاني
بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول
منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل من الجراحتين
او لا يدري قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا
بجراحتين ثم نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصته
فيضمن ما نقصته اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون متلفا نصفه وهو مملوك

غيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها
مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان بالرمية الاولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار
لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف
الاخر لانه ضمنه مرة حيث ضمن نصف قيمته حيا فدخل ضمان اللحم فيه انتهى فعلى هذا
ينبغي ان يحمل كلام المص على ما علم ان القتل وقع بالثاني والامام قاضيخان ذكر هذه المسئلة
في فتاواه مثل ما ذكره المص ولم يتعرض الى ما ذكره صاحب الهداية من الفرق بين ما علم
ان القتل وقع بالثاني وحده وبين ما وقع بالجراحتين او لم يدر حيث قال وان رمى سهما
الى صيد فاصابه السهم فاثخنه ثم رماه آخر فقتله لا يحل اكله لان سهم الاول لما اثخنه
فقد اخرجه من ان يكون صيدا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ويضمن الثاني للاول قيمته مجروحا
لانه صار ملكا للاول وقد حرمه الثاني فيضمن قيمته انتهى وينبغي ان يحمل هذا ايضا على
ما علم ان القتل وقع بالثاني لان المطلق يحمل على المقيد في حادثة واحدة ثم بيان الضمان
ان الرامي الاول اذا رمى صيدا يساوي عشرة مثلا فنقصته درهمين مثلا ثم رماه
الثاني فنقصته درهمين ايضا ثم مات الصيد فعلى اطلاق ما ذكره قاضيخان والمص
يضمن الثاني ثمانية ويسقط عنه من قيمته درهمان سواء علم انه مات من رمي الثاني
او من الجراحتين او لم يدر وعلى طريقة ما ذكره صاحب الهداية في الفرق من الزيادات
يضمن الثاني اولا درهمين لان ذلك القدر من النقصان حصل بفعله فبقي من قيمته ستة
ثم يضمن نصف الباقي وهو ثلاثة وهو المراد بقوله في الزيادات ثم يضمن نصف قيمته
مجروحا بجراحتين يعني به نصف قيمته حيا مجروحا بجراحتين ثم اذا مات يضمن
نصف الاخر بعد الموت وان كان فيه تفويت اللحم موجودا بقتله لانه ضمن ذلك حيا
فلو ضمنه بعد الموت ايضا يلزم تكرار الضمان بان يضمن قيمته حيا ثم يضمن قيمة
لحمه بعد الموت وذا لا يجوز في الشرع وان لم يثخنه الاول حل وهو للثاني لانه هو الاخذ
له وقد قال صلى الله عليه وسلم الصيد لمن اخذه وانما حل اكله لانه لما لم يخرج بالاول عن حيز
الامتناع كان ذكاته ذكاة الاضطرار وهو الجرح في اي موضع كان وقد وجد ذلك واعلم

واعلم ان في هذه المسئلة تفصيلا لم يستوفه المص وهو ان الرجلين اذا رميا صيدا فهذا
على قسمين لانهما اما ان رميا معا او متعاقبا والاول على وجهين فانه اذا رمياه معا فاما
ان يصيبا معا او يصيب احدهما اولا والاخر ثانيا فان اصاب احدهما اولا فاما ان يثخنه قبل
اصابة الثاني او لا يثخنه فبلغ الاقسام ثلاثة والثاني كذلك لانه اما ان رماه الثاني
قبل اصابة السهم الاول وبعد اصابته فان كان بعد اصابته فاما ان يثخنه الاول او لم
يثخنه فبلغ ايضا ثلاثة والقسم الاول بوجوهه والوجه الاول من القسم الثاني غير
مذكور في الكتاب وانا اذكر ذلك فان رميا معا واصابا معا فقتلاه فهو لهما جميعا
ويؤكل لان كل واحد منهما رمى الى صيد مباح فيحل تناوله اعتبارا بحالة الرمي فانه كان صيدا
حال رميهما فيقع فعل كل واحد منهما ذكاة واصابت الرميتان معا فاستويا في
السببية وذلك يوجب المساواة في الملك وان رمياه معا واصاب سهم احدهما اولا
فاثخنه ثم اصاب سهم الاخر فقتله فهو للاول وحل اكله ايضا عندنا خلافا لزفر وهو
يعتبر حالة الاتصال والسهم الثاني اصابه وهو غير ممتنع فلا يحل بذكاة الاضطرار
ونحن نعتبر للحل حالة الارسال لان الاصابة بالمحل نتيجته ولهذا تعين التسمية
حالة الارسال والارسال قد حصل منهما والمحل صيد فلم يتعلق بالثاني خطر وللملك حالة
الاتصال لان الملك يتصل بالمحل وسهم الاول اخرجه عن حيز الامتناع فملكه قبل ان يتصل به
الثاني وان لم يثخنه فهو للثاني وهو ظاهر وان رماه الثاني بعدما رماه الاول قبل ان يصيب
سهمه وهو الوجه الاول من القسم الثاني فهو لهما وحل اكله كذا في العناية وبيان ما ذكره
المص من الوجهين للقسم الثاني ذكرناه ومن ارسل كلبا على صيد وسماه فادركه
الكلب فضربه فصرعه ثم ضربه فقتله اكل وكذا لو ارسل كلبين فصرعه احدهما وقتله
الاخر حل اكله لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو
ارسل رجلان كل منهما كلبه فصرعه احدهما وقتله الاخر حل اكله لما بيناه وهو اي الصيد
للاول لانه اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر
في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم ولو ارسل الثاني كلبه او بازيه بعد صرع الاول حرم

لانه ارسله بعد خروجه عن الصيدية باثخان وضمنا الثاني للاول كما في الرمي يعني ان قتله
كلبه الثاني او بازيه بعد اثخان كلبه الاول لضمنا الثاني فان قتله قبل اثخان الاول لا يضمن ومن
سمع حسا الحس الصوت الخفي كذا في المصباح فظنه انسانا فرماه او ارسل عليه كلبه فاذا
هو صيد اكل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه صيدا كذا في الهداية واعلم ان من سمع حسا فرماه
او ارسل كلبه او بازيه لا يخلو عن وجوه منها انه سمع حسا فظنه حس صيد فرماه او ارسل
كلبه او بازيه فاصاب صيدا كالظبي الوحشي مثلا ثم تبين ان المسموع حسه ليس بصيد
بل آدمي او حيوان اهلي كالبقر والشاة لم يحل الصيد المصاب كالظبي مثلا في قولهم
جميعا لانه ارسل الى غير صيد فلم يتعلق به حكم الاباحة وصار كانه رمى الى آدمي او حيوان
اهلي عالما به فاصاب صيدا فانه لا يؤكل ومنها انه سمع حسا فظن انه حس صيد فرماه او ارسله
فاصاب صيدا ثم تبين ان المسموع حسه صيد حل المصاب اي صيد كان سواء كان مما يؤكل
لحمه او لم يكن لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف ان المسموع حسه اذا هو خنزير لم يحل
اكل الصيد المصاب لتغلظ التحريم الا ترى انه لا تثبت الاباحة في شيء من اجزائه بخلاف
سائر السباع فان الاصطياد يؤثر في جلده وزفر خص منه ما لا يؤكل لحمه مطلقا لان
الاصطياد لا يفيد الاباحة فيه فكان هو والآدمي سواء وجه الظاهر ان الاصطياد لا يختص
بالماكول لاطلاق قوله تعالى فاذا حللتم فاصطادوا وما هو كذلك فالماكول وغيره
بالنسبة اليه سواء فاذا قصد بفعله الاصطياد وقع الفعل اصطيادا والاصطياد
فعل مباح في نفسه لما تلوناه فيفيد اباحة المصاب بشرط قبوله الاباحة حتى لو لم
يقبلها كالخنزير لم تثبت الاباحة ولكن لا يخرج الفعل عن كونه اصطيادا مباحا
واذا قبلها فان كان مما يحل تناوله تثبت اباحة تناوله كغير السباع من البهائم
والطيور وان كان مما لا يحل تناوله تثبت اباحة جلده فثبت انه فعله وقع اصطيادا
واباحة التناول وغيره مما يتعلق بالمحل ليس بخرج له عن ذلك واذا وقع اصطيادا
كان كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وفي ذلك يحل فكذا هذا ومنها انه سمع
حسا فظن انه حس صيد فرماه فاصاب صيدا ثم تبين ان المسموع حسه جراد

جراد او سمك ففي النهاية عزوا الى المغني ان المصاب لا يؤكل لان الجراد والسمك مما
لا تقع الذكاة عليهما ومن شرط حل اكل الصيد الذكاة فلا يكون فعله ذكاة
وعن ابي يوسف انه يحل كذا في الهداية والزيلعي والعناية وغيرها ومنها ما ذكره
المص وهو انه سمع حسا فظن آدميا فرماه او ارسله فاصاب صيدا ثم تبين
ان المسموع حسه صيد حل كله على ما صرح به في الهداية معللا بما ذكرناه وتبعه المص
واعترض عليه في الزيلعي بما ذكره عن المنتقى وهو انه اذا سمع حسا فظن انه انسان
او دابة او حية فرماه فاذا ذلك الذي سمع صيد فاصاب سهمه ذلك الصيد الذي
سمع او اصاب صيدا آخر وقتله لا يؤكل لانه رماه وهو لا يريد الصيد انتهى لفظ المنتقى
قال وهذا يناقض ما ذكره صاحب الهداية من حل اكل المصاب في هذا الوجه ثم قال
والاوجه ما ذكره في المنتقى لان الرمي الى الآدمي ونحوه ليس باصطياد ولا يمكن اعتباره
اصطيادا ولو اصاب صيدا ثم قال انما ذكره صاحب الهداية في هذا الوجه يناقض
ما ذكره في الوجه الاول اعني تبين ان المسموع حس آدمي لم يحل اكل المصاب في قولهم
جميعا بل الحرمة في هذا الوجه اولى من وجه الاول لانه قصد في هذا الوجه رمي آدمي
ورمي الآدمي ليس باصطياد بوجه وفي الوجه الاول لم يقصد رمي الآدمي واجيب
عنه ببيان الفرق بين المسئلتين بان فعله في المسئلة الاولى لم يقع اصطيادا لان
سهمه اصاب غير المسموع حسه وكان قصده الى المسموع حسه والمسموع حسه
ليس بصيد بل آدمي فكان فعله متوجها الى غير الصيد لانه انما قصد بفعله
المسموع حسه وهو الآدمي فلا يكون اصطيادا وان وقع فعله على الصيد فلا
يحل المصاب بخلاف هذه المسئلة فان فعله وقع اصطيادا لوقوعه على الصيد
وقصده غير الصيد غير معتبر

كتاب الرهن

وهو مشروع لقوله تعالى
فرهان مقبوضة ولما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما ورهنه
بها درعه فقد انعقد الاجماع على ذلك ولان للدين طرفين طرف الوجوب وطرف
الاستيفاء ولما كانت الوثيقة لطرف الوجوب وهي الكفالة مشروعة فكذا الوثيقة

لطرف الاستيفاء وهي الرهن مشروعة ايضا وهو في اللغة حبس الشيء باي تسبب
كان وفي عرف الشرع حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه اي الحق منه اي من ذلك الشيء
والمراد بالشيء ههنا هو الرهن لان لفظ الرهن كما يطلق على الحبس المخصوص كذلك
يطلق على الشيء المرهون ايضا كالدين مثال الحق قيد بامكان الاستيفاء منه احترازا
عن رهن الحر او المدبر او الخمر او الخنزير ونحوهما مما لا يمكن استيفاء الحق منه واطلق
الدين فشمل الدين الحقيقي وهو ظاهر والدين الحكمي كالاعيان المضمونة بنفسها
كما سيأتي وينعقد الرهن بلا لزوم بايجاب وقبول اي بقول الراهن رهنتك
هذا المال بدين لك علي وما اشبه ذلك وبقول المرتهن قبلت هذا ما ذهب
اليه عامة المشايخ وقال شيخ الاسلام خواهر زاده ومن تبعه ركن الرهن الايجاب
[illegible] بمجرده وانه ينعقد به بلا حاجة الى القبول لان الرهن عقد تبرع وكل ما هو كذلك
يتم بالمتبرع اما انه عقد تبرع فلان الراهن لم يستوجب على المرتهن بازاء ما اثبت
له من اليد ولا نعني بالتبرع الا ذلك واما ان كل ما هو كذلك يتم بالمتبرع كالهبة والصدقة
واعترض عليه بانه استوجب عليه صيرورته مستوفيا الدين عند الهلاك واجيب
عنه بان المراد بالاستيجاب ما يكون ابتداء والرهن ليس كذلك بل عند الهلاك ويتم الرهن
بالقبض اي بقبض المرتهن او وكيله واعلم انهم اختلفوا في ان الرهن هل يجوز قبل
القبض ام لا يجوز فاختار شيخ الاسلام خواهر زاده ومن تبعه انه يجوز قبل القبض
لكن تمامه يتوقف على القبض واليه اشار المص بقوله ويتم بالقبض وهكذا ذكره القدوري
ايضا واختار العامة انه لا يجوز قبل القبض قال محمد لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال
الحاكم الشهيد في الكافي لا يجوز غير مقبوض وقال الطحاوي في مختصره ولا يجوز
الرهن الا مقبوضا وقال الكرخي في مختصره قال ابو ح وابو يوسف ومحمد وزفر
والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا هذا وقال مالك يلزم الرهن بنفس العقد
لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فلا يكون القبض شرطا
كالكفالة ولنا قوله تعالى فرهان مقبوضة والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء

الجزاء اريد به الامر كما في قوله تعالى ومن كان مريضا او على سفر فعدة من ايام اخر
اي فليصم فيكون تقديره وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فارهنوا او ارتهنوا
لكن ترك كونه معمولا به في حق ذلك حيث لم يجب الرهن على المديون ولا قبوله
على الداين حين رهنه الراهن شيئا بالاجماع فوجب ان يعمل في شرطه وهو القبض
كما في قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل اي بيعوا فلم يعمل الامر في نفس البيع
لان البيع مباح لا واجب فيصرف الى شرطه وهو المماثلة في اموال الربوا محوزا
اي مجموعا من الحوز بمعنى الجمع احترز به عن رهن الثمر على الشجر ورهن الزرع
في الارض لان المرتهن لم يحزه مفرغا اي عن ملك الراهن احترز به عن رهن الشجر
دون الثمر ورهن الارض دون الزرع ورهن الدار وفيها متاع الراهن او الراهن
نفسه اذ لا تفريغ فيها مميزا احترز به عن رهن المشاع كرهن نصف العبد او الدار
كذا في العناية والتخلية فيه اي في الرهن والمراد بالتخلية رفع المانع من القبض في زمان
يمكن فيه القبض وفي البيع وقد تقدم في بابه قبض اعترض عليه بان التخلية تسليم
لا قبض لانه عبارة عن رفع الموانع وهو فعل المسلم اعني الراهن دون المتسلم اعني المرتهن
والقبض فعل المتسلم فالصواب ان يقول التخلية تسليم واجيب عنه بان معناه
انها في حكم قبض المرتهن حتى اذا وجدت من الراهن بحضرة المرتهن ولم ياخذه
فضاع ضمن المرتهن وفيه نظر لان القبول ليس بواجب على المرتهن فلو لم يقبل
بعد التسليم والتخلية فلا يلزم الرهن فكيف يضمن بالضياع واعترض ايضا على
اكتفائهم بالتخلية بان التخلية ينبغي ان لا يكتفى بها في قبض الرهن لان القبض في
الرهن منصوص عليه في قوله تعالى فرهان مقبوضة بخلاف البيع فان القبض ليس
بمنصوص عليه والمنصوص عليه ينبغي ان يراعى وجوده على اكمل الجهات والتخلية
ليس كذلك بالنسبة الى القبض واجيب عنه بان المنصوص عليه انما يراعى وجوده
على اكمل الجهات اذا نص عليه بالاستقلال واما اذا ذكر تبعا للمنصوص عليه فلا
يجب ان يراعى وجوده على اكمل الجهات والقبض في الرهن ذكر على وجه الشرطية

لا بالاستقلال وفيه ايضا نظر لانه لو اكتفى بالتخلية لزم لزوم الرهن بمجرد التخلية
وان لم يوجد القبض والقبول من المرتهن وهو يفضي الى الوجوب والايجاب
وقد تقدم ان القبول ليس بواجب ثم الاكتفاء بالتخلية جواب ظاهر الرواية لانه
عقد مشروع فاشبه البيع فكما اكتفى فيه بالتخلية فكذا في الرهن ولانها غاية
ما يقدر عليه الراهن والقبض ليس في وسعه لانه فعل الغير فلا يكلف به وعن
ابي يوسف ان قبض الرهن في المنقول لا يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان
ابتداء اذ لم يكن الرهن مضمونا على احد قبل ذلك فلا يجب الا بالقبض حقيقة
لا بالتخلية كما في الغصب فان المغصوب لم يصر مضمونا بدون النقل والقبض حقيقة
بخلاف البيع فان القبض فيه ناقل الضمان من البايع الى المشتري فان المبيع قبل القبض
مضمون على البايع بالثمن ثم ينقل ذلك الى المشتري بالقبض قال في الهداية والزيلعي
والاصح ظاهر الرواية وقد عرفت ما يرد عليه وللراهن ان يرجع عنه اي عن الرهن قبل القبض
لعدم لزومه قبله لانه عقد تبرع فلا يلزم بدون القبض فاذا قبض المرتهن لزم
حتى لو هلك بعده يضمن وهو اي الرهن بعد القبض مضمون بالاقل من قيمته ومن
الدين قال صدر الشريعة ان هذا التركيب مشكل غفل الناس عن اشكاله وهو انه
يتوهم ان كلمة من هي التي تستعمل من افعل التفضيل وليس كذلك لانه ان اريد انه
مضمون باقل من كل واحد فهذا غير مراد وان اريد انه مضمون باقل من المجموع او باقل
من احدهما ان الواو بمعنى او وبمعنى مع فهذا شيء مجهول غير مفيد بل المراد انه
مضمون بما هو اقل فان كان الدين اقل من القيمة فهو مضمون بالدين وان كانت
القيمة اقل من الدين فهو مضمون بالقيمة فيكون من للبيان تقديره انه مضمون
بما هو اقل من الاخر الذي هو القيمة تارة والعين اخرى انتهى فلو هلك وهما سواء
اي قيمة الرهن والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه حتى لو اخذ دينه من الراهن
يسترد الراهن من المرتهن وان كان قيمته اكثر من الدين فالزائد على الدين امانة عند
المرتهن فلا ضمان عليه بلا تعد وان كان الدين اكثر سقط ما هو من الدين قدر القيمة

القيمة وطولب الراهن بالباقي من الدين مثلا اذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك
عند المرتهن سقط دينه وان كانت قيمة الثوب خمسة يرجع المرتهن على الراهن
بخمسة اخرى وان كان خمسة عشر فالفضل امانة ثم هذا عندنا وقال الشافعي
الرهن امانة عند المرتهن مطلقا لا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله صلى الله
عليه وسلم لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال معناه انه لا يصير مضمونا بالدين
وزوايده له وهلاكه عليه ولان الرهن وثيقة بالدين وبهلاكه لا يسقط الدين
كما انه لا يسقط بهلاك الصك لانه للوثيقة وهذا لان بعد الوثيقة يزداد معنى
الصيانة والسقوط بالهلاك يضاده فاقتضاء العقد ذا الحق به يصير بعرض
الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا انه صلى الله عليه وسلم قال للمرتهن بعدما نفق
فرس الرهن عنده ذهب حقك والاجماع ايضا فان الصحابة والتابعين رضي الله
عنهم اجمعوا على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفية الضمان على ثلاثة
اقوال على ما بين في محله فالقول بالامانة المحضة خرق للاجماع والمراد بقوله صلى
الله عليه وسلم لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له على ما
ذكره الكرخي عن السلف ومعنى قوله له غنمه وعليه غرمه على ما قاله الطحاوي في
شرح الاثار انه اذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم الراهن ذلك النقص وان
بيع بفضل عن الدين اخذ الراهن ذلك الفضل ولان يد المرتهن يد استيفاء وهو
يد الملك والحبس والاستيفاء يتقرر بالهلاك لان الاستيفاء يحصل من المالية
دون العين فان الاستيفاء بالعين يكون استبدالا لا استيفاء والمرتهن مستوفي
لا مستبدل والاستيفاء انما يحصل بجنس الحق والمجانسة بين الاموال باعتبار
صفة المالية دون العين فكان المرتهن امينا محضا في حق العين ولهذا كان
نفقة الرهن على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته ويحتمل ان يكون هذا معنى قوله
صلى الله عليه وسلم عليه غرمه ومستوفيا في حق المالية ولو كان الاستيفاء بالعين
كما ذهب اليه الشافعي لزم ان يكون المرتهن مستبدلا لا مستوفيا وهو باطل

وتعتبر قيمته يوم قبضه لانه كان مضمونا بقبضه فيعتبر قيمته يوم قبضه ويهلك
على ملك الراهن لما تقدم ان يد المرتهن يد امانة في حق العين فكفنه اى كفنه العبد
الرهن بعد موته عليه اى على الراهن لانه مات على ملكه وكذا نفقته في حياته عليه لما تقدم
وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه وان وصلية كان الرهن عنده اى عند المرتهن
لان الرهن لا يسقط طلب حقه لان الاستيفاء لم يتقرر قبل هلاكه فيطلبه ما دام
قائما حتى يستوفي حقه وله ان يحبس الرهن بعد فسخ عقده حتى يقبض
دينه الا ان يبرئه لان الرهن لا يبطل بمجرد فسخ العقد بل برده على الراهن بطريق
الفسخ فانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين وليس عليه ان كان الرهن في يده
ان يمكن الراهن من بيعه للايفاء اى من ثمنه لان حكم الرهن الحبس الدائم الى ان يقضي
الدين فلا يصح القضاء من ثمنه وليس للمرتهن الانتفاع بالرهن اى بالاستخدام لو عبدا
او بالسكنى لو دارا او باللبس لو ثوبا او بالقراءة لو مصحفا ولو استعمله باذن الراهن
يبطل الرهن ثم يعود رهنا بعد الفراغ كما في الخلاصة حيث قال رجل رهن عند رجل
مصحفا وامره بالقراءة منه ان قرأ صار عارية حتى لو هلك لا يضمن لان حكم الرهن
الحبس فاذا استعمله باذنه تغير حكمه ويبطل الرهن ولو فرغ من القراءة ثم هلك
يهلك بالدين لعوده رهنا بخلاف الاجارة فانه لو اجره باذن الراهن من الاجنبي
يبطل الرهن ويكون الاجرة للراهن وليس للمرتهن ان يعيده في الرهن الا بعقد جديد
وكذا ليس للراهن الانتفاع بالرهن الا باذن المرتهن ولا اجارته اى لا من الراهن
ولا من الاجنبي وكذا ليس للراهن اجارة الرهن الى المرتهن وفي الحاوي لا يجوز اجارة
الرهن من الراهن ولا من المرتهن ولا من الاجنبي فان آجر خرج عن كونه رهنا ولا
يعود اليه الا بعقد جديد انتهى وفيه نقلا عن الخلاصة لو ان رجلا رهن عند رجل
ثوبا فقبضه المرتهن فاستعاره منه الراهن فاعاره اياه او اجره منه او اودعه عند
الراهن كانت الاجارة والعارية بمنزلة العارية وللمرتهن ان يسترده ولو امره الراهن
ان يدفعه انسانا او يعيره او يواجره ففعل فان اودعه فهو رهن على حاله فان هلك

فان هلك في يد المودع بطل الدين ولو اعاره خرج عن ضمان الرهن وللمرتهن
ان يسترده ولو اجره فالاجر للراهن وليس للمرتهن ان يعيده في الرهن الا بعقد
جديد انتهى فالظاهر منه الفرق بين اجارة المرتهن من الراهن وبين اجارته من
الاجنبي ولا اعارته وهذا لان المالك رضي بحبسه لدينه لا بانتفاعه به ويصير بذلك
اى بالانتفاع به بدون اذن مالكه متعديا فيكون مضمونا عليه حتى لو نقص في قيمته يضمن
تمام قيمته كما في ضمانات العمادية ولو هلك وقت استعماله يصير مستوفيا لدينه
ولا يبطل به اى بالتعدي الرهن حتى لو زال التعدي عاد الرهن الى حكمه كما كان وان
طلب المرتهن دينه ولو في غير بلد العقد امر المرتهن باحضار الرهن اولا ليعلم
انه باق اولا ولان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام
يد الاستيفاء لانه يؤدي الى تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن
وهو محتمل كذا في الزيلعي فاذا احضره المرتهن امر الراهن بتسليم كل دينه اولا ثم
المرتهن بتسليم الرهن ليتعين حق المرتهن كما تعين حق الراهن في الرهن تحقيقا
للتسوية بينهما كما في تسليم المبيع والثمن يحضر البايع المبيع اولا ثم يسلم المشتري
الثمن ليتعين حق المشتري اولا في المبيع على ما تقدم في البيع وكذا اى يؤمر المرتهن
اولا باحضار الرهن لو طالبه اى طالب المرتهن الراهن بالدين في غير بلد العقد
ولم يكن للرهن حمل ومؤنة لان الاماكن كلها في حقه كبقعة واحدة في حق التسليم
ولهذا لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع فان كان له حمل
ومؤنة فله ان يستوفي دينه بلا احضار الرهن اى لا يكلف باحضار الرهن لانه نقل
والواجب على المرتهن التسليم بالتخلية دون النقل لانه يتضرر به زيادة ضرر ولكن
للراهن ان يحلفه بالله ما هلك الرهن كذا في الدرر نقلا عن الكافي وكذا ان كان الرهن
وضع عند عدل اى بامر الراهن وهذا لان الراهن لم يؤتمن على المرتهن حتى وضع
رهنه على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرة المرتهن حتى لو اخذ المرتهن الرهن
من يد العدل يكون غاصبا وكذا لو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب فطلب المرتهن

دينه والذى فى يده يقر بالوديعة من العدل وبقول لا ادرى لمن هو يجبر الراهن على قضاء
الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض منه وكذا اذا غاب العدل ولا يدرى
اين هو لما قلنا بخلاف ما اذا جحد الذى اودع العدل الرهن بان قال هو مالى حيث لا يرجع المرتهن
على الراهن بشئ حتى يثبت انه رهن لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق
الاستيفاء فلا يملك المطالبة به كذا فى الزيلعى ولا يكلف المرتهن باحضاره اى الرهن
ولا باحضار ثمن رهن باعه المرتهن بامر الراهن حتى يقبضه اى الثمن يعنى اذا رهن جارية
مثلا واذن له ببيعها اذا جاء الاجل بالنقد والنسيئة فباعها المرتهن عند حلول الاجل
بالنسيئة ثم جاء يطلب الراهن دينه فامتنع الراهن حتى يحضر الرهن او ثمنه اجبر الراهن
على قضاء دينه ولا يكلف المرتهن باحضار الرهن ولا ثمنه لانه باعه باذنه ولو قبض
الثمن يكلف باحضاره لقيام البدل مقام المبدل ولا يكلف ايضا من اى مرتهن قضى
بعض حقه من الدين بتسليم متعلق بيكلف حصته اى حصة ذلك البعض من الرهن
حتى يقبض الباقى من الدين لان له ان يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية كما فى
حبس المبيع لقبض الثمن فان للبايع ان يحبس المبيع حتى يقبض جميع الثمن وللمرتهن
ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله ودخل فى الخادم
اجيره مشاهرة او مسانهة الذى يسكن معه فان العبرة بالمساكنة لا النفقة حتى ان المرأة
لو دفعته الى زوجها لا تضمن مع ان الزوج ليس فى نفقتها لكونهما ساكنين معا وهذا لما
تقدم انه عينه امانة فى يد المرتهن والامانات تحفظ بنفسه وبمن فى عياله الذى يسكن
معه فان حفظه بغيرهم او اودعه ضمن كل قيمته لما ذكر ان عينه امانة والامانات
تضمن بهذه الاشياء لكونها تعديا وانما ضمن كل قيمته لانه صار بذلك غاصبا
وفى الغصب يضمن كل القيمة فكذا هذا وكذا اى ضمن كل قيمته ان تعدى اى صنعا فيحسن
المقابلة بما قبله وما بعده فيه اى فى الرهن او جعل الخاتم الرهن فى خنصره لانه
استعمال بغير اذن صاحبه فيكون تعديا فيضمن كل قيمته ضمان الغصب فان جعله فى
اصبع غيرها اى غير خنصره فلا يضمن لانه جعله فى اصبع اخرى يمينا او يسارا حفظ

حفظ لا استعمال ولو رهنه بسيفين فتقلدهما ضمن وفى الثلاثة لا يضمن لان العادة
بين الشجعان بتقليد السيفين فى الحرب دون الثلاثة ولو رهنه خاتمين فلبس
خاتما فوق خاتم فان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن لانه مستعمل والا فلا لانه
حافظ وعليه اى على المرتهن مؤنة حفظه حتى اذا شرط على الراهن لا يلزمه ومؤنة
رده الى يده اى يد المرتهن يعنى ما يلزمه لرد العين الى المرتهن اذا خرج من يده
فهو على المرتهن او مؤنة رد جزئه اى جزء الرهن كاجرة بيت حفظه وحافظه
الضمير فيهما الى الرهن وكلاهما مثال لمؤنة حفظه يعنى اجرة بيت حفظ الرهن واجرة
حافظه على المرتهن لان امساك الرهن وحفظه حق له واجب عليه فيكون مؤنته عليه
هذا على اطلاقه جواب ظاهر الرواية وعن ابى يوسف ان اجرة الماوى للغنم على الراهن
بمنزلة النفقة لانه سعى فى تبقيته اما جعل الابق هو بضم الجيم اى اجرة رده من الفرار
من يد المرتهن وهذا مثال لقوله ورده الى يده والمداواة اى اجرة مداواة الرهن
من الجروح والقروح وكذا ثمن الدواء وهذا مثال لقوله او رد جزئه والفداء من الجناية
اى جناية الرهن فمنقسم على المضمون والامانة فان كان قيمة الرهن مساويا
للدين فكل الجعل والمداواة والفداء على المرتهن كاجرة بيت حفظه وان كانت
قيمته اكثر من الدين فعلى المرتهن من الجعل والمداواة والفداء بقدر المضمون
اعنى ما يساوى الدين وعلى الراهن بقدر الامانة اعنى الزايد على الدين لان المرتهن
فى قدر الامانة بمنزلة المودع فلا يلزم عليه مؤنته وليس هذا مثل اجرة بيت
حفظه لان جميعها على المرتهن وان كانت قيمة الرهن زايدا على الدين لان ذلك
انما يلزم بسبب حق المرتهن وهو الحبس وحق الحبس ثابت فى الكل فيلزم
مؤنة الحبس كلها عليه ايضا بخلاف جعل الابق والمداواة فانهما انما يلزمان
لاعادة يد الاستيفاء فى نفس الرهن فى الابق وفى الجزء الفائت له فى المضمون
لا فى الامانة ومؤنة تبقيته اى مؤنة ما يرجع الى بقاء الرهن سواء كان فى الرهن
زيادة على الدين او لا واصلاحه على الراهن لان عين الرهن باقية على ملكه

وكذا منافعه مملوكة له فيكون مؤنة بقائه واصلاحه عليه لان الغرم بالغنم كالنفقة
من ماكولاته ومشروباته والكسوة اى كسوة العبد الرهن واجرة الراعى واجرة
ظئر ولد الرهن وسقى البستان وكرى النهر وتلقيح نخله وجذاذه اى قطعه
والقيام بمصالحه اى مصالح الرهن مما يرجع الى تبقيته كلها على الراهن لما ذكرناه
ويجوز ان يكون الضمير الى البستان وعلى الراهن ايضا عشر الرهن وخراجه لانه
مؤنة عيال الملك وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه من الراهن والمرتهن
بلا امر الاخر او امر القاضى فهو اى ما اداه تبرع كما اذا قضى دين غيره بغير امره
وبامر القاضى بالاداء وجعله دينا عليه يرجع المؤدى به اى بما اداه على صاحبه
واما بمجرد امر القاضى من غير تصريح بجعله دينا على صاحبه فلا يرجع عليه كما فى
الزيلعى نقلا عن الملتقط وعن الامام لا يرجع المؤدى على صاحبه ايضا اى كما لا يرجع
عند عدم امر القاضى وجعله دينا عليه ان كان صاحبه حاضرا وان كان اداه بامر
القاضى لانه يمكنه ان يرفع الامر الى القاضى فيامر القاضى صاحبه بالقضاء وقال
ابو يوسف يرجع عليه فى الوجهين حاضرا وغائبا

باب ما يجوز ارتهانه

اى جعله رهنا والرهن به اى اخذ الرهن بمقابلته وما لا يجوز ارتهانه والرهن
به فذكر اولا ما لا يجوز ارتهانه بقوله لا يصح اى يفسد رهن المشاع وان
وضع مما لا يحتمل القسمة قال الشافعى يصح لانه موجب الرهن استحقاق
بيعه وتعيينه والمشاع يقبل ذلك ولئن كان موجبه ثبوت يد الاستيفاء
فالاستيفاء الحقيقى لا يمنع بالشيوع فكذا ثبوت يد الاستيفاء ولنا ان موجبه
ثبوت يد الاستيفاء واستحقاق الحبس لتحصيل مقصوده وهو الاستيثاق
وذلك لا يحصل الا بثبوت اليد عليه ولهذا شرط فى النص ان يكون مقبوضا بخلاف
حقيقة الاستيفاء لان موجبها ملك العين المستوفاة فقط لا الحبس والملك يتصور
فى المشاع ولا يتصور الحبس الدائم فيه لانه يبطل بالمهاياة فيصير كانه رهن يوما دون
يوم ولهذا يستوى فيه ما يحتمل القسمة وما لا يحتمل بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل

لا يحتمل القسمة على ما تقدم لان موجبها الملك وذلك لا يمتنع بالشيوع وانما يمنعها لزوم
غرامة القسمة وذلك فيما ينقسم لا غير او من الشريك لما تقدم من ان ثبوت اليد والحبس
الدائم لا يتصور فى المشاع ولو من الشريك بخلاف الاجارة حيث يجوز فى المشاع من
شريكه على ما تقدم لان حكمها التمكن من الانتفاع لا الحبس الدائم والشريك متمكن من ذلك
فيجوز بخلاف غير الشريك ولو طراء الشيوع بان رهن دارا ثم فسخا الرهن فى نصف
الشايع مثلا او باع نصفه شايعا او استحق بعض الرهن شايعا فسد الرهن فى رواية
الاصل خلافا لابى يوسف له ان حكم البقاء اسهل من الابتداء فاشبه الهبة فلا يمنع الشيوع
الطارى بقاء الرهن ووجه رواية الاصل وهو الصحيح ان الامتناع لعدم المحلية وفى مثله
يستوى الابتداء والبقاء كالمحرمية فى باب النكاح بخلاف الهبة لان غرامة القسمة لا يمنع
القبض حال البقاء ولهذا يصح الرجوع فى بعض الموهوب ولا يصح الفسخ فى بعض المرهون
ولا رهن الثمر على الشجر بدون الشجر ولا الزرع فى الارض بدونها ولا الشجر والارض
مشغولين بالثمر والزرع والاصل فيها ما تقدم من انه تام بالقبض محوزا مفرغا مميزا
وهذه الاتصالات تمنع هذا الشرط لانه لا يمكن قبض الرهن مع قيام هذه الاتصالات
وكذا لا يجوز رهن الارض مشغولا بالشجر دون الشجر كما ذكرناه وكذا لا يجوز رهن الوقف
كما صرح به فى اجارة الوقف من قاضيخان وفى الهداية والزيلعى عن ابى حنيفة ان رهن الارض
بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار بمواضعها
بخلاف ما اذا رهن الدار بدون البناء حيث لا يجوز لان البناء اسم للمبنى فيصير راهنا
جميع الارض وهى مشغولة بملك الراهن ولو رهن الشجر بمواضعها او الدار بما فيها
جاز لان هذه مجاورة ما ليس برهن لا يمنع الصحة كذا فى الزيلعى والمراد بمواضعها هى
الاراضى المملوكة لا الاميرية والوقف لان رهن الاشجار المغروسة على الاراضى الاميرية
والوقف لا يصح ويدخل فى رهن الارض النخل والثمر على النخل والزرع والرطبة والبناء
والغرس لانه تابع لاتصاله فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع حيث لا تدخل
هذه الاشياء فى بيع الارض سوى النخل لانه بيع الارض والنخل بدون هذه الاشياء

جائز فلاحاجة الى ادخالها فى البيع من غير ذلك وبخلاف المتاع الموضوع فى الدار حيث لا يدخل
فى الرهن من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما قال فى الزيلعى ويمنع تسليم الرهن كون الراهن
او متاعه فى الدار المرهونة حتى اذا رهن دارا وهو فيها وقال سلمتها اليك لا يتم الرهن
حتى يقول بعد ما خرج من الدار سلمتها اليك لان التسليم الاول وهو فيها وقع باطلا لشغلها به
فلا بد من تجديد التسليم بعد الخروج منها كما اذا سلمها ومتاعه فيها ويمنع تسليم الدابة
المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقى الحمل بخلاف ما اذا رهن الحمل دون الدابة يكون رهنا
تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا فى دار او وعاء دون الدار
والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما فى راسها ودفع الدابة مع السرج واللجام
حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم سلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمر للنخيل ولا يجوز
رهن الحر والمدبر وام الولد والمكاتب وكذا الوقف لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء
على ما تقدم والاستيفاء من هؤلاء متعذر لاستحقاقهم الحرية فصاروا كالحر ولا بالامانات
كالوديعة والعوارى والمضاربة ومال الشركة والكتب الموقوفة وهذا شروع فى ذكر ما
لا يجوز الرهن بمقابلته بعد ذكر ما لا يجوز رهنه وانما لا يجوز الرهن بمقابلة الامانات لان
قبض الرهن مضمون فاذا رهن بمقابلته لكونه استيفاء لا بنفسه فلا بد من ضمان المرهون به
ليقع الرهن مضمونا ويتحقق استيفاؤه من الرهن والامانات ليست بمضمونة ولا يمكن
استيفاؤها من الرهن لتعينها حال بقائها وعدم وجوب الضمان بعد هلاكها فصارت
كالعبد الجانى والعبد المأذون له فى التجارة والشفعة غير مضمونة على المشترى بخلاف
الاعيان المضمونة بنفسها حيث يصح الرهن بها على ما سيأتى بيانها قال فى قاضيخان
اذا رهن المودع بعين الوديعة رهنا او المستعير للعارية يكون باطلا حتى لو هلك الرهن
عند المرتهن يهلك بغير شئ ولا بالدرك لان الرهن استيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب
لان معنى الدرك ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فلما لم يستحق لا يجب على البايع رد الثمن
وكذا بعد الاستحقاق حتى يحكم برد الثمن ويفسخ البيع لاحتمال ان يجيز المستحق بخلاف
الكفالة بالدرك حيث يجوز لان الكفالة يجوز تعليقها بشرط ملائم لان الكفالة التزام

التزام المطالبة والتزام الافعال يجوز معلقا ومضافا الى المال كما فى الصوم والصلوة وليس
فيها شئ من معنى التمليك ولا كذلك الرهن فانه استيفاء فيكون تمليكا والتمليكات لا يجوز
تعليقها ولا اضافتها الى زمان فى المستقبل فافترقا ولو قبض الرهن بالدرك قبل الوجوب
بالاستحقاق فهلك عند المشترى يهلك امانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف
الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا بالف لتقرضنى وهلك فى يد المرتهن
حيث يهلك بما سمى من المال لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة بل جعل موجودا
اقتضاء لان الرهن استيفاء والاستيفاء لا يسبق الوجوب فيكون الاستيفاء مبنيا
عليه فيكون مضمونا عليه بالاقل مما سمى ومن قيمة الرهن وان لم يسم قدر المال بان رهنه
على ان يعطيه شيئا فهلك الرهن فى يده يعطى المرتهن للراهن ما شاء لانه بالهلاك صار
مستوفيا شيئا فيكون بيانه اليه كذا فى الزيلعى ولا بما هو مضمون بغيره كالمبيع فى يد
البايع وهذا لان الرهن يجب ان يكون فى مقابلة الدين حقيقة او حكما والمبيع فى يد
البايع ليس بدين حقيقة وهو ظاهر ولا حكما لانه يجب ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة
والمبيع فى يد البايع ليس كذلك بل مضمون بالغير وهو الثمن لانه غير المثل والقيمة وهذا
لانه اذا هلك فى يد البايع سقط الثمن عن ذمة المشترى وهو حق البايع وان قبض الرهن
بالمبيع فهلك هلك بلا شئ لانه باطل ولا اعتبار بالباطل ولا بالكفالة بالنفس لان
المكفول به ليس بمضمون على الكفيل فيتعذر الاستيفاء به حتى لو هلك الرهن هلك
بلا شئ ولا بالقصاص فى النفس وما دونها من الاطراف لتعذر الاستيفاء بالرهن ولو كانت
الجناية خطأ جاز الرهن لان الواجب فيها هو الارش وهو المال واستيفاء الارش ممكن
من الرهن ولا بالشفعة بان قضى القاضى بالشفعة فطلب الشفيع من المشترى الرهن
بالدار المشفوعة لا يجوز لان المبيع ليس بمضمون على المشترى فلهذا لو هلك لا يلزم المشترى
شئ ولا باجرة النايحة والمغنية لان الاجارة على ذلك باطلة والاجرة غير مضمونة فلا
يجوز الرهن بها حتى لو هلك الرهن هلك بلا شئ اذ لم يقابله شئ مضمون وكذا لا يجوز
بثمن حر لما ذكرناه ولا بالعبد الجانى او المديون فان هذا العبد غير مضمون على المولى

فانه لو هلك لا يجب عليه شئ واذا لم يكن مضمونا على المولى لا يجوز الرهن بها ولا يجوز للمسلم
رهن الخمر اى ان يرهن عند شخص ولا ارتهانها اى ان يقبلها رهنا من مسلم او ذمى
لتعذر الاستيفاء منه فى حق المسلم لعدم كونها مالا متقوما فى حقه فلا يكون مضمونا
ولا يضمن له اى المسلم مرتهنها ولو وصلية ذميا لان الرهن ايفاء والارتهان استيفاء
والمسلم لا يمكنه ايفاء الدين من الخمر ولا استيفاؤه منه بالعدم كونها مالا مضمونا فى حقه
ويضمنها هو اى المسلم لو ارتهنها اى الخمر من ذمى يعنى اذا رهن ذمى خمره من مسلم
فهلك الخمر فى يد المسلم يضمن المسلم الخمر للذمى لانها مال متقوم فى حق الذمى كما اذا غصب
مسلم خمر الذمى ويصح الرهن بالدين كما هو الاصل فى الباب وهو توطئة لقوله ولو وصلية
موعودا بان رهن شيئا ليقرضه كذا اى الف درهم مثلا وهذا لان الرهن استيفاء
والاستيفاء يتحقق فى الواجب فهو الدين ولو موعودا لان الدين الموعود كالموجود
باعتبار الحاجة فيتحقق الوجوب فى حقه على ما قدمناه فيصح الرهن به اطلق الدين
فشمل ما وجب حقيقة وهو ظاهر وما وجب ظاهرا دون حقيقة لان وجوبه ظاهرا
فقط يكفى فى صحة الرهن ولا يشترط وجوبه حقيقة فانه لو ادعى على رجل الف درهم دينا
مثلا فانكر المدعى عليه فصالحه على خمسمائة على الانكار واعطاه بها رهنا يساوى
خمسمائة فهلك الرهن عند المرتهن ثم تصادقا ان لا دين عليه فان المرتهن يضمن
خمسمائة للراهن باعتبار ثبوته ظاهرا ذكره محمد فى الجامع على ما سيأتى هذا فى الكتاب
ايضا وكذا لو اشترى عبدا ورهن بالثمن فهلك الرهن ثم ظهر ان العبد حر او مستحق
يجب على البايع ان يضمن الاقل من قيمة الرهن ومن ثمن العبد لان الدين كان ثابتا ظاهرا
فيترتب عليه احكامه لان الاحكام الشرعية تبتنى على الظاهر وكذا لو اشترى عبدا
او شاة ذكية او خلا فرهن بثمنه ثوبا ثم ظهر حرا والشاة ميتة والخل خمرا كان
الرهن مضمونا لثبوت الدين ظاهرا كذا فى الزيلعى فلو هلك الرهن فى يد المرتهن
لزمه دفع ما وعد من المال المسمى ان سمى كالف درهم مثلا وان لم يسمى قدره بان
رهنه على ان يعطيه شيئا فهلك الرهن فى يد المرتهن قبل اخذ ما رهن به لزم المرتهن

المرتهن دفع ما شاء من الاشياء لانه بالهلاك فى يده صار مستوفيا شيئا فيلزمه
بيانه اليه ان كان الموعود مثل قيمته اى قيمة الرهن او اقل من قيمته وان كان اكثر لزمه
دفع مقدار قيمته من الموعود وبراس مال السلم وثمن الصرف وبالمسلم فيه وقال زفر
لا يجوز الرهن بهذه الاشياء لان حكم الرهن الاستيفاء على ما بيناه واخذ الرهن
عن هذه الاشياء ليس باستيفاء لعدم المجانسة بين الرهن وبين هذه الاشياء
فكان الاخذ استبدالا لا استيفاء وباب الاستبدال فى هذه الاشياء مسدود
ولنا ان الاخذ فيها استيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية فان الاستيفاء
فى الرهن انما هو من حيث المالية لا من حيث العين والعين امانة عند المرتهن حتى وجبت
نفقته وكفنه على الراهن على ما تقدم والاعيان من حيث المالية جنس واحد فان قيل
فعلى هذا يجوز الاستبدال فى راس المال فى الصرف والسلم لوجود المجانسة من حيث
المال اجيب بان المجانسة من حيث المالية لا يكفى فى الاستبدال بل لا بد فيه من تمليك
العين ايضا وقد قام الدليل على عدم تمليك العين فى الرهن بخلاف الاستيفاء فانه
يكفى فيه مجرد المجانسة من حيث المالية بلا حاجة الى تمليك العين واذا صح الرهن
بهذه الاشياء فان هلك الرهن فى مجلس العقد قبل الافتراق فقد استوفى حكما
فتم عقد الصرف والسلم لتحقق القبض حكما مع اتحاد الجنس من حيث المالية وان
افترقا عن المجلس قبل النقد اى نقد راس مال السلم وثمن الصرف وقبل الهلاك
اى هلاك الرهن بطل العقد لفوات القبض حقيقة وحكما اما حقيقة فلعدم النقد
واما حكما فلان المرتهن انما يصير قابضا بالهلاك وقد افترقا قبله فلم يوجد
القبض اصلا وهو من شرط العقد والرهن بالمسلم فيه رهن ببدله اذا فسخ
عقد السلم يعنى لو تفاسخا عقد السلم وبالمسلم فيه رهن عند رب السلم يكون
ذلك الرهن رهنا براس المال استحسانا حتى يحبسه به لانه بدله فصار كالمغصوب
اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته والقياس انه لا يحبسه به لانه دين آخر وجب
بسبب آخر وهو القبض والمسلم فيه وجب بالعقد فلا يكون الرهن باحدهما

رهنا بالاخر كما لو كان عليه دينان دراهم ودنانير وباحدهما رهن فقضاه الذى به الرهن
او ابراه منه ليس له حبسه بالدين الاخر وجه الاستحسان انه ارتهن بحقه الواجب بسبب
العقد الذى جرى بينهما وهو المسلم فيه عند عدم الفسخ وراس المال عند الفسخ فيكون
محبوسًا به لانه بدله فقام مقامه اذ الرهن بالشئ يكون رهنا ببدله كما فى المغصوب فان
الرهن به رهن ببدله وهو القيمة عند الهلاك وهلاكه اى هلاك الرهن بعد الفسخ
اى فسخ عقد السلم هلاك بالاصل اى بالمسلم فيه يعنى لو هلك الرهن بعد التفاسخ
يهلك بالطعام المسلم فيه فعلى المرتهن اى رب السلم رد مثل الطعام الذى كان على
المسلم اليه الى المسلم اليه وياخذ منه راس ماله لانه رهنه به وان هلك الرهن بالمسلم فيه
قبل التفاسخ يصير مستوفيا بالمسلم فيه فلم يبق السلم كذا فى الهداية ويصح الرهن
بالاعيان المضمونة بنفسها اعلم ان الاعيان على ثلاثة اقسام قسم غير مضمون اصلا
كالامانات وقسم مضمون بالغير اى بالثمن وقد سبق ذكرهما وقسم مضمون بنفسها
اى فى حد ذاتها والوجه فيها ان الضمان عبارة عن رد المثل او القيمة فالعين اذا كان
مثليا او قيميا يكون بحيث لو هلك تعين المثل او القيمة فيكون مضمونة فى حد ذاتها
مع قطع النظر عن العوارض والقسم الثانى لما لم يكن مضمونا بالمثل او القيمة بل
مضمونا بالثمن وهو غير المثل والقيمة سموها مضمونا بالغير فلما كان معنى المضمون بنفسها
ما ذكرناه فسر المص بقوله اى بالمثل فى المثليات او القيمة فى القيميات كالمغصوب فانه
مضمون بالمثل لو مثليا وبالقيمة لو قيميا والمهر وبدل الخلع عينا كانا او دينا على ما
فى قاضيخان فعلى تقدير كونهما عينا فهو مضمون بالمثل او القيمة فيصح الرهن بها
كما اذا كان دينا وبدل الصلح عن دم عمد لان الضمان متقرر فيه فانه ان كان قائما يجب
تسليمه وان كان هالكا يجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح قال فى قاضيخان
رجل قتل رجلا عمدا فصالحه من القصاص على مال مع ولى العمد واخذ ببدل الصلح رهنا
جاز فى قولهم وكذا لو كان القتل عمدا لا يوجب القصاص فاخذ الولى بالدية رهنا من القاتل
وكذا لو كان القتل خطأ فاخذ الولى من العاقلة رهنا بالدية بعد قضاء القاضى جاز

جاز وكذا الرجل اذا جرح غيره جراحة لا يستطيع فيها القصاص فقضى القاضى بالارش
للمجروح واخذ بالارش رهنا جاز وكذا لو قطع يد رجل خطأ وقضى القاضى بنصف
الدية على العاقلة فاخذ المقطوع يده رهنا من العاقلة جاز وببدل الصلح عن انكار
بان ادعى على رجل الف درهم مثلا فانكره المدعى عليه فصالحه على نصفه على الانكار
واخذ ببدل الصلح اعنى خمسمائة رهنا صح وان وصلية اقر المدعى بعدم الدين
لان الدين ثابت ظاهرا وثبوت الدين بحسب الظاهر يكفى فى صحة الرهن ولا يشترط
ثبوته حقيقة على ما تقدم ولو رهن الاب لدينه عبد طفله قيد بالطفل فانه لا يجوز
للاب ان يرهن عبد ولده الكبير بدين نفسه الا باذن ولده جاز وكذا الوصى اى
بمنزلة الاب فى ذلك والاصل فيه ان هذا نظر فى حق الصبى لان قيام المرتهن بحفظه
ابلغ مخافة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة امانة لا تضمن وتصرف
الاب والوصى فيما هو انفع وانظر للصبى نافذ وعن ابى يوسف وزفر انهما لا يملكان
وهو القياس لان الرهن ايفاء حكما فلا يملكانه كالايفاء حقيقة وجه الاستحسان
وهو الظاهر من الرواية ان فى حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض
يقابله فى الحال وفى الرهن نصب حافظ لمال الصغير فى الحال مع بقاء ملكه فيه
فافترقا فلا يقاس احدهما على الاخر ثم اذا جاز رهنهما ذلك بغير المرتهن
مستوفيا دينه عند هلاكه حكما ويصيران موفيين له به فان هلك الرهن
اعنى العبد مثلا لزمهما اى الاب والوصى لانهما اوفيا دينهما بماله مثله ما سقط
به اى بالرهن من دينهما اى يضمنان للصغير مقدار دينهما دون الزيادة على
دينهما من قيمة الرهن قال فى النهاية ويضمن الاب والوصى للصغير قيمة الرهن
اذا كانت قيمته مثل الدين وان كانت القيمة اكثر ضمنا مقدار الدين دون الزيادة
لانهما فى الزيادة مودعان ولهما الولاية فى ذلك انتهى وذكر فى الزيلعى ايضا
كذلك حيث قال ولا يضمنان الفضل على الدين لانه امانة عند المرتهن ولهما
ولاية الايداع فقد سوى بين الاب والوصى فى ذلك ولم يفرقا وقد فرق بينهما

في قاضيخان حيث قال ولو قضى الوصي دين نفسه بمال اليتيم لا يجوز ولو فعل الاب ذلك
جاز لانه لا يملك ان يشتري مال اليتيم لنفسه بمثل القيمة والاب يملك والرهن بمنزلة
القضاء ولو قضى الاب دين نفسه بمال اليتيم جاز ولا يجوز ذلك للوصي فكذا الرهن
انتهى وهل لهما تسليط المرتهن على بيع عبد الصغير ففي الهداية والزيلعي وكذا
يجوز تسليط الاب والوصي المرتهن على بيع مال الصغير لانه توكيل له على بيعه
وهما يملكانه ثم اذا اخذ المرتهن الثمن من المشتري بدينه وجب على الاب والوصي
ضمان الرهن لانهما اوفيا دينهما بماله واصل هذا البيع ان الاب او الوصي اذا باع مال
الصغير من غريم نفسه تقع المقاصة ويضمنان للصغير عندهما وعند ابي يوسف
لا تقع المقاصة ويأخذ التابع الثمن من المشتري للصغير ويأخذ المشتري دينه من
البايع فاذا لم يملك الاب والوصي قضاء دينهما بمال الصغير بطريق البيع عنده فكذا
لا يملك بطريق الرهن ايضا وعندهما لما ملكا قضاء دينهما بمال الصغير بطريق
ملكا ايضا بطريق الرهن لان الرهن نظير البيع من حيث وجود المبادلة المالية
ولو رهنه اي مال الصغير الاب من نفسه نريد به بيان جواز كون الاب راهنا
ومرتهنا بالنسبة الى مال واحد ذكره في ثلاث صور احدها ان يكون للاب دينا
على ابنه الصغير فيأخذ من مال الصغير شيئا ويحفظ عنده رهنا فيكون الاب
راهنا من جهة ابنه الصغير ومرتهنا لنفسه وهذا جائز لان الاب لوفور شفقته
نزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين كما في بيعه مال الصغير من
نفسه وثانيها ما ذكره بقوله او من ابن آخر صغير له يعني لو كان لابنه الصغير
دينا على ابن اخر صغير له فرهن الاب مال ابنه الصغير المديون من ابنه الصغير
الاخر الداين جاز لما ذكرناه فيكون الاب راهنا من وجه ومرتهنا من وجه كما عرفت
وثالثها ما ذكره بقوله او من عبد له تاجر لا دين عليه يعني لو كان لعبده التاجر
له دينا على ابنه الصغير فرهن الاب مال ابنه الصغير من عبده التاجر جاز لما
ذكرناه ايضا قيده بعدم الدين لان الشبهة فيما لا دين عليه اما اذا كان عليه

عليه دين فلا شبهة في جوازه لانه يجوز من الوصي على ما سيأتي ذكره فلان يجوز
من الاب اولى كذا في العناية صح جواب لو اي صح الرهن في الصور الثلاث
كلها لان الاب لوفور شفقته لما نزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام
عبارتين في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه كان يتولى طرفي العقد
بخلاف الوصي فانه لو رهن مال الصغير من نفسه اي ارتهنه او من ابنه
الصغير او من عبده التاجر ولا دين عليه بدين الصغير لهؤلاء لم يجز
كما لو رهن عينا له من الصغير بحق الصغير عليه لان الوصي وكيل محض
والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع لكن تركناه
في الاب لما ذكرناه من وفور شفقته والوصي قاصر الشفقة فلا يعدل في حقه
عن الحقيقة الحاقا له بالاب بخلاف ما لو رهن الوصي مال الصغير من ابنه
الكبير او ابيه او عبده الذي عليه دين فانه يجوز لانه اجنبي عنهم لعدم
ولايته عليهم بخلاف الوكيل بالبيع فانه لا يجوز بيعه منهم لانه متهم فيه
ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وهو ان يكون مضمونا بالاقل من
قيمته ومن الدين وذلك لا يختلف بين الاجنبي والقريب وان استدان
الوصي لليتيم في كسوته او طعامه ورهن به متاعه اي متاع اليتيم صح
لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو
اتجر الوصي لليتيم فارتهن او رهن بهذه التجارة جاز لان الاولى لليتيم
التجارة له تثميرا لماله فلا يجد الوصي التاجر بدا من الارتهان والرهن
له لانه ايفاء واستيفاء وليس للطفل اذا بلغ نقض الرهن في شيء من ذلك
اي فيما رهن الاب مال الصغير من نفسه ومن ابن آخر له صغير ومن عبد له تاجر وفيما
رهن الوصي مال اليتيم بدين اليتيم في كسوته او طعامه او في تجارته بمال اليتيم
لليتيم ما لم يقض الطفل البالغ الدين لان تصرف الاب والوصي وقع نافذا على الطفل
لازما له بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه فلم يقدر نقضه قبل

قضاء دينه وكذا الحبس للطفل اذا بلغ نقض ما رهن الاب مال الطفل بدين الاب نفسه
ما لم يقبض الطفل بعد البلوغ ذلك الدين فاذا قضاه الابن نقض الرهن ورجع الابن
به في مال الاب لان الابن مضطر فيه لحاجته الى تخليص ماله للانتفاع به فاشبه معير
الرهن فانه لو اعار شخص متاعه لشخص ليرهنه فيرهنه المستعير لداينه بدينه
ثم قضى المعير دين المستعير لداينه لتخليص متاعه من يد المرتهن رجع به في مال
المستعير لضرورة حاجته الى تخليص متاعه من يد المرتهن ولو رهن الاب مال الصغير
بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين ثم حكم حصة
دين الاب كحكمه فيما لو كان كله رهنا بدينه الاب ولو رهن شيئا بثمن عبد فظهر حرا
يعني اشترى من عبدا ورهن بثمنه شيئا فهلك الرهن ثم ظهر العبد حرا او مستحقا
او رهن شيئا بثمن خل اشتراه فظهر ذلك الخل الذي اشتراه ورهن بثمنه خمرا او ثمن
ذكية فظهرت ميتة فالرهن مضمون بعد الهلاك بالاقل من قيمته ومن ثمن العبد اي الخل
او الذكية لما تقدم ان وجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولا يشترط وجوبه حقيقة
والدين في هذه الصور ثابت ظاهرا وان لم يثبت حقيقة وجاز رهن الذهب والفضة
وكل مكيل وموزون لامكان الاستيفاء منها فكانت محلا للرهن فان رهنت بجنسها
وهلكها بمثلها من الدين ولا عبرة للجودة ولا للقيمة عند ابي ح لسقوط الجودة والقيمة
عند المقابلة بالجنس في الاموال الربوية فلا يضر اختلافهما في الجودة والقيمة لان
عنده يصير مستوفيا عند الهلاك باعتبار الوزن دون القيمة فاذا هلك هلك
بمثلها من الدين وزنا قلت قيمته او كثرت فان تساويا وزنا سقط الدين واذا كان
الدين زايدا سقط قدر الرهن منه وبقي الزايد في ذمة الراهن وان عكس سقط قدر
الدين منه والفضل للراهن كذا في الدرر وعندهما هلاكها بقيمتها ان خالفت قيمتها
وزنها بان كانت قيمتها اكثر من وزنها او اقل فتضمن المرتهن قيمتها بخلاف الجنس
لينتقض قبض الهالك ويجعل الضمان رهنا مكان الهلاك اي الرهن الهالك فيتملكه
الراهن وهذا لانا لو اعتبرنا الوزن وحده من غير اعتبار صفته من الجودة والرداءة

والرداءة واسقطنا القيمة فيه اضررنا باحدهما لان قيمتها لو كانت اكثر من الوزن
لتضرر به الراهن ولو كانت اقل لتضرر به المرتهن ولو اعتبرنا القيمة وجعلناه مستوفيا
باعتبارها ادى الى الربوا فتعين ما قلنا اعني ضمان قيمتها من خلاف الجنس ويجعل ذلك
الضمان مكان الهالك فيتملكه الراهن بدل الرهن الاول الهالك وذكر في الجامع الصغير
وكالغان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو قضاء بما فيه من الدين
وقال صاحب الهداية معناه ان يكون قيمته مثل وزنه او اكثر فانه يكون مستوفيا بالاتفاق
في الوجهين اما عنده فلان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن فاذا كان وزنه مثل الدين
يكون بالهلاك مستوفيا سواء كانت قيمته مثل وزنه او اكثر واما عندهما فالاستيفاء
باعتبار القيمة والقيمة مثل الدين في الاول اعني ما كانت قيمته مثل وزنه وزيادة عليه
في الثاني اعني ما كانت اكثر فيصير بقدر الدين مستوفيا واما ان كانت قيمته اقل من الدين
فهو على الاختلاف المذكور بينه وبين صاحبيه فعند ابي ح يهلك بالدين وعندهما يضمن
القيمة من خلاف جنسه هذا كله فيما اذا كان الابريق هالكا واما اذا كان منكسرا عند المرتهن
ففي الوجه الاول اعني ما كانت قيمته مثل وزنه قال ابو ح وابو يوسف لا يجبر الراهن على الفكاك
لانه لو اجبر عليه فاما ان يكون مع ذهاب شيء من الدين او مع كمال الدين لا وجه الى الاول
لان المرتهن يصير قابضا دينه بالجودة على الانفراد فانه لم ينقص من الدين الا في مقابلة
ما فات من جودة الابريق بالكسر وذلك ربوا ولا الى الثاني لما فيه من الاضرار بالراهن لان
المرتهن قبض الرهن سليما عن العيب وبالانكسار صار معيبا فيصل اليه حقه ناقصا اذا
لم يسقط شيء من دينه وذلك ضرر به فخيرناه بين ان يفتكه بالدين الذي في المكسور
وهو جميع الدين وبين ان يضمن المرتهن قيمته من جنسها او خلاف جنسه مصنوعا فيكون
الضمان رهنا عند المرتهن ويملك المكسور بالضمان وقال محمد ان شاء افتكه ناقصا وان
شاء جعله بالدين اعتبارا للحالة الانكسار بحالة الهلاك الحقيقي وفي الهلاك الحقيقي
مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه وفي الوجه الثالث اعني ما كانت قيمته اقل
من وزنه بان يكون الوزن عشرة كالدين وقيمته ثمانية مثلا لوجود غش فيه يضمن

قيمته جيدا من خلاف جنسه احترازا عن الربوا او رديا من جنسه ويكون المضمون رهنا عنده الى ان يحل الاجل ويكون المكسور له وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر كما اذا كانت قيمته مثل وزنه في حالة الانكسار على ما تقدم وكذا عند محمد لانه يعتبر الانكسار بالهلاك كما تقدم والهلاك عنده بالقيمة فيما اذا كانت قيمة الابريق اقل من وزنه لا بالدين فكذا الانكسار وفي الوجه الثاني اعني ما كانت قيمته اكثر من وزنه عشرة كالدين وقيمته اثنى عشر لجودة وصياغة فيه عند ابي ح يضمن جميع قيمته بخلاف جنسه ويكون رهنا عنده وعند ابي يوسف يضمن خمسة اسداس قيمته ويملك خمسة اسداس الابريق ويفرز سدسه حذرا عن طريان الشيوع فان الشيوع الطاري فيه كالمقارن في افساد الرهن كما تقدم وعند محمد ان النقص بالانكسار ان كان درهما او درهمين يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين وان كان اكثر من ذلك يخير الراهن بين ان يجعل الرهن للمرتهن بدينه وبين ان يسترده بقضاء جميع الدين وجه قول ابي ح ان العبرة في الاموال الربوية للوزن لا للجودة والرداءة فان كان الرهن باعتبار الوزن كله مضمونا كما اذا كان وزن الرهن مثل وزن الدين جعل الرهن كله مضمونا من حيث القيمة وان كان بعضه مضمونا كما اذا كان وزن الرهن اكثر من وزن الدين فبعضه مضمون وهو مقدار الدين لا الزايد عليه وينقسم الجودة على المضمون والامانة فحصة المضمون مضمونة وغيرها امانة وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وفي مسئلتنا كان كله مضمونا من حيث الوزن لان الغرض ان وزن الرهن مثل وزن الدين فيكون كله مضمونا من حيث القيمة لئلا يكون حكم التبع مخالفا لحكم الاصل والفرق بين هذا وبين حالة الهلاك ان حالة الهلاك حالة استيفاء فيقع الفضل امانة وهذه الحالة ليست كذلك عنده بل بمنزلة الغصب في كونها على خلاف رضى الراهن فيكون مضمونا بالقيمة كالمغصوب لكن بخلاف جنسه ووجه قول ابي يوسف ان الضمان والامانة يشيع في الوزن والجودة لان الجودة متقومة في ذاتها بدليل اعتبارها عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المريض فانه اذا باع قلبا وزنه عشرة وقيمته عشرون بعشرة لم يسلم للمشتري وبغير

وبغير خروجه من الثلث واهدارها عند المقابلة بالجنس ثابت بالنص لا لكونها هدرا في ذاتها فكانت زيادة القيمة بالجودة كالزيادة في الوزن فامكن اعتبارها ويصير خمسة اسداس الابريق مضمونا بجودته وصنعته وسدسه امانة فالتغيير بالانكسار فيما هو امانة لا يعتبر وفيما هو مضمون يعتبر وحالة الانكسار ليست بحالة الاستيفاء عنده ايضا فيضمن قيمة خمسة اسداس من خلاف جنسه ووجه قول محمد ان الوزن مضمون والجودة امانة بالنسبة لان الجودة تابعة للوزن لا ينفصل عنه وصفة الامانة في المرهون ايضا كذلك فيجعل الاصل في مقابلة الاصل والتبع في مقابلة التبع فاذا ظهر ذلك فان زاد النقصان على الدرهمين وقع النقصان في المضمون وهو العشرة بالانكسار والانكسار عنده كالهلاك وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذلك عند الانكسار يكون مضمونا بالدين ويتخير الراهن كما ذكرنا وان لم يزد على الدرهمين وقع النقصان في الامانة والرهن المضمون باق على حاله فيجبر الراهن على الفكاك كما لو لم ينقص منه شيء واعلم ان الدرهم والدرهمين ليس بحد فاصل في ذلك وانما الفاصل نقصان مقدار الصنعة كائنا ما كان وانما وقع الدرهمان هنا باعتبار ان الزيادة في المسئلة مفروضة كذلك كذا في العناية وتفصيله في الزيلعي ومن شرى شيئا على ان يعطي للبايع بالثمن رهنا بعينه اذ لو كان الرهن غير معين لا يصح مطلقا او كفيلا بعينه قيده بذلك لما ذكرناه صح العقد استحسانا والقياس انه لا يصح لانه صفقة في صفقة وهي منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما فلا يصح وجه الاستحسان انه شرط يلايم العقد لان الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلايم الوجوب واذا كان الكفيل معينا حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو الملايمة للعقد فيصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن وهو الاستيثاق للجهالة لان المشتري ربما يأتي بشيء يساوي عشر حقه او يعطي كفيلا غير ملي فيفوت الاستيثاق فاذا لم يبق معنى الكفالة والرهن بقي الاعتبار لعين الشرط فيفسد به العقد ولو كان الكفيل غائبا فحضر في المجلس وقبل ذلك صح العقد

وكذا لو لم يكن الرهن معينا فاتفقا على تعيينه في المجلس صح فان امتنع المشتري عن اعطائه
اي الرهن لا يجبر على الاعطاء وقال زفر يجبر عليه لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا
من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب
الراهن على ما تقدم ولا جبر على التبرعات وللبايع فسخ البيع يعني ان المشتري وان لم يجبر
على اعطاء الرهن لكن للبايع خيار الفسخ ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع
لان الرهن وصف مرغوب فيه وما رضي البايع الا به فيتخير بفواته الا ان دفع المشتري
الثمن حالا او قيمة الرهن رهنا فح لا خيار للبايع اما على الاول فلحصول المقصود وهو الثمن
واما على الثاني فلان يد الاستيفاء يثبت على المعنى وهو قيمة الرهن ومن شرى شيئا
وقال للبايع امسك هذا حتى اعطيك الثمن فهو رهن عند ابح لانه اتى بما ينبئ عن معنى
الرهن وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة
بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطالبة الاصل كفالة اعتبارا للمعنى قيل
ان هذا اشارة الى غير الشيء المشترى وقال في العناية والصواب انه المشترى وغيره
سواء في ذلك وعند ابي يوسف وهو قول زفر ايضا على ما في الهداية والزيلعي ومع محمد
ايضا على ما في قاضيخان وديعة لان قوله امسك يحتمل الرهن والوديعة والثاني اقلهما
فيقضي بثبوته بخلاف ما اذا قال امسك بدينك او بمالك على حيث يكون رهنا لانه لما قابله
بالدين فقد عين جهة الرهن ولو رهن عبدين بالف فليس له اخذ احدهما بقضاء
حصته كالبيع لان المجموع محبوس بكل الدين فيكون الجميع محبوسا بكل جزء من اجزاء الدين
تحصيلا للمقصود وهو المبالغة في الحمل على ايفاء الدين فصار كالمبيع في يد البايع فان
المشتري اذا ادى حصة احدهما من الثمن لا يتمكن من اخذه حتى يؤدي باقي الثمن وان
سمي لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذي رهن به وهو الدين فكذلك الجواب
في رواية الاصل لان العقد متحد فلا يتفرق بتفرق التسمية كالبيع وفي الزيادات له ان
يقبض احدهما اذا ادى ما سمي له لانه لا حاجة فيه الى اتحاد العقد لان احد العقدين
لا يصير شرطا لصحة الاخر حتى اذا قبل الرهن في احدهما دون الاخر جاز فيما قبل بخلاف

البيع لان العقد فيه لا يتعدد بتفصيل الثمن حتى لو قبل العقد في احدهما دون الاخر بطل
البيع في الكل لان البايع يتضرر بتفريق الصفقة عليه لان العادة قد جرت بضم الردي الى الجيد
في البيع فيلحقه الضرر بالتفريق ولا كذلك الرهن لان الراهن لا يتضرر بالتفريق ولهذا
لا يبطل به وهذه الرواية هي الاصح كذا في الزيلعي ولو رهن عينا عند رجلين سواء كانا
شريكين في الدين او لم يكونا شريكين فيه صح وكلها اي العين رهن لكل منهما لان الرهن
اضيف الى كل العين في صفقة واحدة ولا يكون شايعا باعتبار تعدد المستحق لان موجبه
جعل العين محبوسا بالدين وهو لا يقبل الوصف بالتجزي فصار كله محبوسا بدين كل واحد منهما
اذ لا تضايق في استحقاق الحبس ولهذا الرهن لا ينقسم على اجزاء الدين بل يكون كله محبوسا
بكل الدين وبكل جزء من اجزائه على ما تقدم فكذا هذا يكون محبوسا بدينهما وبدين كل واحد
منهما على الانفراد وبكل جزء من اجزاء دينهما فلا شيوع بخلاف البيع او الهبة من رجلين
حيث لا يجوز عند ابح لان العين ينقسم فيهما على الرجلين لاستحالة ثبوت الملك لكل واحد
منهما في الكل فيثبت الشيوع ضرورة فلا يجوز فان تهايئا في حفظها بان حفظها احدهما
يوما والاخر يوما فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الاخر قال في الزيلعي هذا اذا كان
مما لا يتجزى فظاهر واما ان كان مما يتجزى فالواجب ان يحبس كل واحد منهما النصف فان
دفع احدهما كله الى الاخر وجب ان يضمن الدافع عند ابح خلافا لهما كما في الوديعة فانه
اذا دفع عند رجلين ما يقبل القسمة فدفع احدهما كله الى الاخر يضمن الدافع عنده خلافا
لهما فان قضى الراهن دين احدهما فكلها رهن عند الاخر لما ذكرناه ان كله محبوس بدين
كل واحد منهما على الانفراد وبكل جزء من اجزاء دينهما فلا يكون له استرداد شيء منه
ما بقي شيء من الدين كما اذا كان المرتهن واحدا وكما اذا ادى احد المشتريين حصته من الثمن
كان للبايع حبس المبيع كله بنصيب الاخر ولو رهن اثنان شيئا بدينهما من واحد صح
ويصير الرهن رهنا بكل الدين وله اي للمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع حقه منهما
ليس لاحدهما ان يأخذ حصته من الرهن بعد اداء دينه كما تقدم ولو ادعى كل من اثنين ان
هذا الرجل رهن هذا الشيء منه مسئلة مبتداة لا يتعلق لها بما قبلها والضمير المجرور راجع

الكل من اثنين وقبض وبرهنا عليه يعني ان رجلا في يده عبد مثلا فاقام رجلان بينة كل واحد
منهما وهذا الرجل رهنه هذا العبد الذي في يده وقبضه بطل برهانهما لان كل واحد منهما
اثبت بينته انه رهنه كل العبد فلا يتصور ذلك لان العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا
لهذا وكله رهنا لذلك في حالة واحدة فيمتنع القضاء به لهما معا ولا لاحدهما بعينه ايضا
لعدم الاولوية ولا وجه للقضاء بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بالبينتين فتهاترتا
ولا يمكن ان يقدر كانهما ارتهناه معا استحسانا لجهالة التاريخ لان ذلك يؤدي الى العمل
بخلاف ما اقتضته الحجة لان كلا منهما اثبت بينته حبسا يكون وسيلة الى تملك كل العبد
بالاستيفاء وبالقضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى تملك شطره بالاستيفاء فلا
يكون عملا على وفق الحجة فكان العمل بالقياس اولى لقوة اثره المستتر لان كل واحد منهما
يثبت الحق بينته على حدة ولم يرض بمزاحمة الاخر بخلاف ما اذا ارتهنا جملة لان العقد
فيه من جانب الرهن واحد وهنا بينة كل واحد منها اثبت عقدا اخر والرهن بعقدين
مختلفين لا يجوز فاذا وقع الرهن باطلا فاذا هلك الرهن هلك امانة لان الباطل لا حكم
له وهكذا اذا لم يورخا فان ارخا كان صاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبته في وقت لا ينازعه
فيه احد وكذا اذا كان الرهن في يد احدهما كان صاحب اليد اولى لان تمكنه من القبض دليل على سبقه
كدعوى نكاح امرأة او شراء عين من واحد الا ان يقيم الاخر بينة انه الاول فيكون هو اولى
من ذي اليد فانه صريح في السبق والصريح يفوق الدلالة ولو برهن كل من اثنين بعد
موت الراهن ان العبد الذي في يديهما الان رهنه منه هذا الراهن قبل موته وقبضه منه
قبلا اي قبل بينة كل منهما ويحكم بكون الرهن مع كل واحد منهما نصفه رهنا بحقه
والجملة في هذه المسئلة ان العبد الرهن اما ان لا يكون في ايديهما بل في يد ثالث او يكون
في يد احدهما او يكون في ايديهما فان لم يكن في ايديهما فهو المذكور اولا بقوله ولو ادعى
كل من اثنين ان هذا الرهن هذا الشيء منه وقبضه وبرهنا عليه بطل برهانهما وقد بينا
وجهه وان كان في يد احدهما فقط كان صاحب اليد اولى على ما ذكرناه وان كان في ايديهما
وهو المذكور بقوله ولو بعد موت الراهن يعني لو مات الراهن وبقي الرهن في يد كل منهما

منهما فادعى كل ان هذا العبد الذي في يدهما ارتهنه من الراهن قبل موته وبرهن على وفق
دعواه قبلت بينة كل منهما ويحكم بكون الرهن مع كل نصفه رهنا بحقه استحسانا وهو
قول ابي ح ومحمد وفي القياس ان هذا البرهان باطل ايضا للتهاتر وهو قول ابي يوسف لان
المقصود من الرهن الحبس للاستيفاء وهو الحكم الاصلي في عقد الرهن فيكون الحكم به حكما بعقد
الرهن اذ لا يثبت الحكم بدون علته وانه باطل للشيوع كما في حالة حياة الراهن وجه الاستحسان
ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحياة الحبس والشيوع يضره وبعد الموت
الاستيفاء بالبيع من ثمنه والشايع يقبل البيع فصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امرأة او ادعت
اختان او خمس نسوة النكاح على رجل فان البينتان تهاترتا في حالة الحياة وقبلتا بعد
المماة لان حكمها في حالة الحياة ثبوت ملك النكاح وهو لا يقبل الانقسام ولا الشركة وبعد
المماة ثبوت ملك المال بالارث وهو يقبل الشركة والانقسام هذا فيما اذا كان الاختلاف
بين اثنين غير الراهن واما اذا اختلف الراهن والمرتهن ففيه تفصيل فقال في البزازية
عليه الف درهم رهن به مالا فاختلف الراهن والمرتهن فقال الراهن بنصفه وقال
المرتهن بكل الالف فالقول للراهن لانكاره تعلق الرهن بزيادة الدين ولو كان الراهن
يدعي بالف والمرتهن بنصفها والرهن قائم نسيا وى الفا تحالفا وترادا فان هلك
الرهن قبل التحالف فالقول للمرتهن لانكاره زيادة سقوط الدين برهن الراهن
على المرتهن انه رهنه شيئا وقبضه ولم يعرف الشهود يؤمر المرتهن ببيانه والقول له
في ذلك ولو اقر المرتهن انه ارتهن منه رهنا ثم جاء بثوب وقال هذا ذلك فالقول له مع
يمينه ان لم يصدق الراهن فيه كذا في رواية الاصل ثم اختلفوا في مسئلة البينة اعني برهن
الراهن على المرتهن انه رهنه شيئا وقبضه ولم يعرفه الشهود فقال بعض المشايخ ان
هذه المسئلة مأولة بانه يشهد الشهود على اقرار المرتهن به وقال الامام السرخسي
انها ليست بمأولة بل على اطلاقه وقال في البزازية ايضا زعم الراهن ان الرهن هلك
عند المرتهن وسقط الدين وزعم المرتهن انه رده اليه بعد القبض وهلك في يد
المرتهن فالقول للراهن لانه يدعي عليه الرد العارض وهو ينكر فالقول للمنكر مع يمينه

وان برهنا فللراهن ايضا ويسقط الدين عنه لاثباته الزيادة وان زعم المرتهن انه هلك
في يد الراهن قبل قبضه فالقول للمرتهن لانكاره دخوله في ضمانه وان برهنا فللراهن
لاثباته الضمان اذن للمرتهن في الانتفاع بالرهن ثم هلك الرهن فقال الراهن هلك
بعد تركك الانتفاع به وعوده الرهن الى ضمانه فقال المرتهن هلك حال الانتفاع به فالقول
للمرتهن لاتفاقهما على زوال الرهن فلا يصدق الراهن في العود الا بحجة رهن عبدا
يساوي بالف فوكل المرتهن بالبيع فقال المرتهن بعته بنصفها وقال الراهن لا بل مات
عندك يحلف الراهن بالله ما تعلم انه باعه ولا يحلف بالله ما مات عنده فاذا
حلف سقط الدين الا ان يبرهن على البيع اذن الراهن المرتهن في لبس ثوب
مرهون يوما فجاء به المرتهن متخرقا وقال تخرق في لبس ذلك اليوم وقال الراهن
ما لبست في ذلك اليوم ولا تخرق فيه فالقول للراهن وان اقر الراهن باللبس
فيه ولكن قال تخرق قبل اللبس او بعده فالقول للمرتهن انه اصابه في اللبس لاتفاقهما
على خروجه من الضمان فكان القول للمرتهن في قدر ما عاد من الضمان اليه بخلاف
اول المسئلة لعدم الاتفاق ثمه على الخروج من الضمان لعدم اعتراف الراهن بالخروج
الرهن لو كان عبدا وبرهن الراهن على اباقه عند المرتهن وبرهن المرتهن على انه رده
الى الراهن وابق عنده قال ابن سماعة عن محمد يؤخذ برهان المرتهن لانه قد
يابق عنده فياخذه فيرده ولو اختلفا في ولد المرهونة فقال المرتهن ولدت
عندي فالقول للمرتهن لانه في يده ولم يقر باخذه من غيره ولو قال المرتهن
ارتهنت الام والولد جميعا وقال الراهن بل الام وحدها فالقول للراهن لانه منكر

باب الرهن يوضع على يد عدل

اي من رضي الراهن والمرتهن بوضع الرهن
في يده ورضيا ببيع الرهن عند حلول الاجل وهو وكيل الراهن ببيعه يسمى بالعدل
لعدالته في زعم الراهن والمرتهن ولو اتفقا اي الراهن والمرتهن على وضع الرهن
عند عدل صح قال زفر ومالك وابن ابي ليلى لا يصح لان يد العدل يد المالك بدليل
انه يرجع على الراهن فيما اذا هلك الرهن في يد العدل ثم استحق وضمن العدل

العدل قيمته بما ضمن فاذا كان يده يد الراهن انعدم القبض ولنا ان يده يد المالك
في الحفظ لكون العين امانة عنده ويد المرتهن في حق المالية لان كل واحد منهما
امره فصارت يده كيدهما ولهذا لا يكون لاحدهما ان ياخذ منه الرهن على الخصوص
بدون اذن الاخر ولو كانت يده يد احدهما فقط كان له ان يسترده منه ويكون
اليد الواحدة في حكم يدين نظاير في الشرع كالساعي للزكاة فان يده جعلت
كيد الفقير وكيد صاحب المال حتى اذا هلكت المال في يده اجزأت الزكاة عن صاحب
المال فان قيل ان يده لما كانت بمنزلة يد كل منهما ينبغي فيما اذا هلك الرهن في يده
ثم استحق وضمن قيمته ان لا يرجع على المالك كما لا يرجع على المرتهن او يرجع
على المرتهن كما يرجع على الراهن والحاصل ان القياس بشمول الوجود او شمول
العدم قلنا العدل يضمن للمستحق ضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل
والتحويل وذلك يتعلق بالعين دون المالية والعين ملك الراهن والمالية
للمرتهن فلذا رجع على الراهن دون المرتهن فان قيل القبض شرط في الرهن ولم يوجد
من المرتهن لا حقيقة وهو ظاهر لانهما وضعاه عند عدل قبل قبضه على ما هو المفروض
ولا حكما لان ذلك اما ان يكون من حيث انه امر العدل بالقبض وذلك غير صحيح لان
الامر انما يصح اذا كان حقا مستحقا للامر وبعقد الرهن لم يصر القبض حقا له حتى
كان للراهن ان يمنعه منه واما ان يكون من حيث موافقة الراهن اياه في الوضع على
يد العدل ولا تاثير لذلك لانهما لو اتفقا على قبض الراهن لم يتم الرهن فكذا لو
اتفقا على قبض العدل ايضا اجيب عنه بانه قابض من حيث امره العدل بالقبض وهو
حق يستحق له بعقد الرهن وتمكنه من المنع لا يدل على انتفاء حقه لانه فسخ العقد
والراهن ينفرد به لكونه غير لازم والقبض حقه ما دام العقد باقيا ويتم الرهن
بقبض العدل لما ذكرناه من ان يده يد المرتهن في حق المالية فيكون قبضه قبض
المرتهن وليس لاحدهما اي من الراهن والمرتهن اخذه اي الرهن منه اي من العدل
بلا رضى الاخر لما ذكرناه ايضا من انه تعلق به حق الراهن في الحفظ بيده وامانته

وتعلق حق المرتهن به في حق الاستيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الاخر ويضمن
العدل بدفعه اي الرهن الى احدهما اي من الراهن والمرتهن لانه مودع الراهن في حق
العين ومودع المرتهن في حق المالية وكل منهما اجنبي عن الاخر والمودع يضمن بالدفع
الى الاجنبي وهلاكه اي الرهن في يده اي العدل على المرتهن خبر لقوله وهلاكه وهذا
لان يده في حق المالية هو يد المرتهن والمالية هي المضمون فيهلك على المرتهن هذا اذا هلك
في يده من غير تعد فيه واما اذا هلك بالتعدي فيه بان اتلفه بنفسه او دفعه الى واحد
من الراهن والمرتهن او غيرهما واتلفه المدفوع اليه ففي الصورتين يهلك على العدل
فيضمن قيمته ثم اذا ضمن العدل قيمته فهل يقدر العدل ان يجعل قيمته رهنا في يده كما كان
مثل المتلف قالوا انه لا يقدر على ذلك لان القيمة واجبة عليه فلو جعلها رهنا في يده بعد
ضمانه يلزم ان يكون قاضيا ومقتضيا وبينهما منافات فلا يقدر على ذلك ولكن للراهن
والمرتهن ان ياخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره وان تعذر اجتماعهما
يرفع احدهما الامر الى القاضي ليفعل ذلك اي يجعل القيمة رهنا عنده او عند غيره ثم
اذا جعلت القيمة رهنا عنده او عند غيره برايهما او براي القاضي ثم قضى الراهن الدين
فان كان العدل ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة للعدل ان كانت عنده و باخذها
ان كانت عند غيره لوصول كل حق صاحبه المرهون الى الراهن بالتسليم الاول اليه والدين
الى المرتهن بدفع الراهن اليه فلا يلزم منه اجتماع البدل والمبدل في ملك شخص واحد
ولو اخذه الراهن لاجتمعا في ملكه وذا لا يجوز وان كان العدل ضمن الرهن بالدفع الى
المرتهن فالراهن ياخذ القيمة من العدل ان كانت عنده او من غيره ان كانت عند
غيره لان العين لو كانت قائمة اخذها ممن هي في يده اذا ادى الدين فكذلك ياخذ
ما قام مقامها ولا جمع فيه بين البدل والمبدل منه في ملك شخص واحد ثم هل للعدل
ان يرجع على المرتهن بذلك ينظر ان كان دفعه اليه على وجه العارية او الوديعة وهلك
في يد المرتهن لا يرجع وان استهلكه يرجع عليه لان العدل باداء الضمان ملكه وتبين انه
اعار او اودع ملك نفسه فان هلك في يد المودع او المستعير لا يرجع وان استهلكه يضمن

يضمن كما هو حكم العارية والوديعة وان كان العدل دفع الى المرتهن رهنا بان قال هذا
رهنك خذه بحقك او احبسه بدينك يرجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن
او هلك عنده لانه دفع اليه على وجه الضمان كذا في العناية والزيلعي فان وكل الراهن
العدل والمرتهن او غيرهما ببيعه عند حلول الدين صح الوكالة لان الراهن مالك فله
ان يوكل من شاء ممن كان اهلا للبيع لماله معلقا او منجزا لان الوكالة يجوز تعليقها
بالشرط لكونها من الاسقاطات لان المانع من التصرف حق المالك وبالتسليط على بيعه
اسقط حقه والاسقاطات تجوز تعليقها بالشرط ولو امر صغيرا لا يعقل فباعه بعد ما بلغ
لا يصح عند ابي ح وقالا يصح لقدرته عليه وقت الامتثال ولابي ح ان امره وقع باطلا لعدم الاهلية
لعدم القدرة وقت الامر فلا ينقلب صحيحا واطلاق المص يساعد قولهما فان شرطت الوكالة
في عقد الرهن لا ينعزل الوكيل بالعزل يعني ليس للراهن ان يعزل الوكيل بدون رضى المرتهن
لان الوكالة لما شرطت في عقد الرهن صارت وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا
ترى انها لزيادة الوثيقة فتلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل
بدون رضاه ابطال حقه فصار كالوكالة بالخصومة بطلب المدعي حتى لو شرطت بعد
تمام العقد ينعزل بعزله لعدم تعلق حق المرتهن ولعدم كونه حقا من حقوق العقد
وكذا لا ينعزل بعزل المرتهن لانه لم يوكله فكان اجنبيا عنه بالنسبة الى الوكالة ولا ينعزل
ايضا بموت الراهن او المرتهن لان الرهن لا يبطل بموت الراهن ولو بطل فبحق الورثة
وحق المرتهن مقدم عليه كما تقدم على حق الراهن واذا لم يبطل بموت الراهن فبموت المرتهن
اولى منه وكذا لا يبطل بارتداد الراهن ولحوقه بدار الحرب لما ذكرناه بخلاف الوكالة المفردة
حيث تبطل بموت الموكل وينعزل بعزله على ما تقدم وله اي الوكيل في عقد الرهن
بيعه اي الرهن بغيبة ورثته يعني اذا لم يبطل الوكالة بالموت فللوكيل بيع الرهن بعد
موت الراهن بغيبة ورثته كما كان يبيعه في حال حياته لانه باق على وكالته وتبطل الوكالة
بموت الوكيل لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي براي الوكيل لا براي غيره من
ورثته او من وصيه ولو وكله بالبيع مطلقا ملك الوكيل بيعه اي الرهن بالنقد والنسيئة

عملا باطلاق العقد فلو نهاه اى الوكيل بعده اى بعد ما ملك البيع بالنقد والنسيئة عن
بيعه بنسيئة لا يعتبر نهيه لان عقد الوكالة لازم باصله فكذا بوصفه وهو الاطلاق لانه وصف
من اوصافه وحق من حقوقه ولا يبيع الراهن ولا المرتهن الرهن بلا رضاء الاخر اما الراهن
فلان المرتهن احق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع وبيع ما لم يقدر على
تسليمه باطل واما المرتهن فلان الراهن ملكه بلا حبسه وما رضي ببيعه ولو باع الراهن الرهن
اذن المرتهن وسلم الى المشترى فللمرتهن خيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المشترى
وان شاء اجاز البيع واخذ الثمن كذا في الخزانة ومنية المفتى فدل ان بيع الراهن موقوف وقال
في اخر البيع الموقوف من قاضيخان الراهن اذا باع الرهن ثم باعه من اخر فاجاز المرتهن البيع الاول
او الثانى نفذ ما اجاز ولو باع الراهن الرهن ثم رهن عند اخر او اجر او وهب وسلم او اعار
فاجاز المرتهن الاول الرهن الثانى والاجارة او الهبة او العارية نفذ البيع وبطل ما سواه
انتهى فان حل الاجل والراهن غائب اجبر الوكيل على بيعه لئلا يتضرر المرتهن معنى الاجبار
ههنا على ما فسره في العناية ان يحبسه القاضى اياما حتى يبيعه فان لج في البيع بعد ما حبسه
اياما ذكر في الزيادات ان القاضى يبيع عليه قالوا هذا على قولهما ظاهر لانه من اصلهما جواز
بيع الحاكم مال المديون اذا امتنع واما على قول ابى حنيفة فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم
لا يبيع قياسا على مال المديون عنده وقال بعضهم يبيعه لتعين جهة البيع ولتقدم الرضاء
منه على البيع وهو الصحيح على ما في البزازية والجواب عن القياس على مال المديون فاسد لان بيع الرهن
صار مستحقا للمرتهن لقضاء حقه بخلاف سائر المواضع فان قيل قد تقدم ان بيع المكره
فاسد فكيف يجبر الوكيل على البيع اجيب بان هذا جبر تعين من قبل الشارع فلا يفسد
اختياره به فلا يعد مكرها في بيعه كما يجبر الوكيل بالخصومة عليها اى على الخصومة عند
غيبة موكله فيبدأ الوكالة بالخصومة لان الوكيل بالبيع لا يجبر عليه لان الموكل لا يتضرر به لتمكنه
من بيعه بنفسه وكذا يجبر الوكيل ببيع الرهن على بيعه لو شرطت الوكالة بعد عقد الرهن
في الاصح كذا في الهداية والزيلعى وعلله بان كيلا يتوى حق المرتهن وعزاه في البزازية الى
بعض المشايخ وهو المروى عن ابى يوسف وقيل لا يجبر وبه اخذ شيخ الاسلام وعللوه بان

بان التوكيل بعد عقد الرهن لم يصر وصفا من اوصافه ولا حقا من حقوقه فكانت مفردة
كسائر الوكالات فان باعه اى الرهن العدل اى بعد التسليط المشروط في العقد او بعده
على البيع لانه الفول لا يقدر البيع الا بعد التسليط عليه فثمنه مقامه اى مقام الرهن وان
لم يقبض الثمن بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا كذا في الهداية وهلاكه اى هلاك الثمن
كهلاكه اى هلاك الرهن لقيامه مقامه في كونه رهنا فيهلك على المرتهن فان اوفاه اى ان
باعه العدل او وفى ثمنه المرتهن فاستحق الرهن بعد البيع وكان الرهن بعد البيع
هالكا فللمستحق ان يضمن الراهن قيمة الرهن لانه غاصب في حق المستحق فيضمن له
ويصح اى نفذ البيع اى بيع العدل والقبض اى قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه لان الراهن
ملكه باداء الضمان مستندا الى وقت الغصب فتبين انه امره ببيع ملك نفسه
او يضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم ثم العدل ان شاء ضمن الراهن
قيمة الرهن لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة بالغرور من جهته
ويصحان اى البيع وقبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه لان العدل لما رجع على الراهن وقرر
الضمان عليه ملكه الراهن باداء الضمان فتبين انه امره ببيع ملكه او ضمن المرتهن
ثمنه اى ثمن الرهن لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لان العدل ملك الرهن باداء الضمان
ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وانما اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين
انه ملكه لم يكن راضيا بقبض المرتهن الثمن فله ان يرجع به عليه وهو اى الثمن له
اى للعدل لما ذكرناه ويبطل القبض اى قبض المرتهن الثمن لما ذكرنا ايضا من عدم رضاه
بقبضه فيرجع المرتهن على الراهن بدينه لانه باق كما كان وان كان الرهن قائما بعد
بيع العدل اخذه المستحق من يد المشترى لانه وجد عين ماله ورجع المشترى على
العدل بثمنه لانه العاقد فيتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه لانه وجب
بالبيع وانما ادى الثمن الى العدل ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم هو اى العدل يرجع على
الراهن اى بالثمن لانه هو الذى ادخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه كذا في الزيلعى وقال
في الهداية انه يرجع على الراهن بالقيمة والصواب هو الاول وصح القبض اى قبض المرتهن

الثمن وسلم له المقبوض وبرا الراهن عن الدين او يرجع العدل على المرتهن بالثمن لان
البيع انتقض بالاستحقاق فبطل الثمن وقد قبض ثمنا فيجب عليه رده ونقض قبضه
ضرورة ثم يرجع المرتهن على الراهن بدينه لعود حقه في الدين على الراهن كما كان
وان لم يكن التوكيل مشروطا في الرهن يرجع العدل فيما لحقه من العهدة على الراهن
فقط اي لا على المرتهن قبض المرتهن ثمنه او لم يقبض لانه لم يتعلق بهذا التوكيل
حق المرتهن لكونه بعد العقد فلا رجوع فيه كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع
الوكيل ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقته عهدة لا يرجع به القابض بخلاف
الوكالة المشهورة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه وان
ملك الرهن عند المرتهن ثم استحق فللمستحق ان يضمن الراهن قيمته لانه
متعد في حق المستحق بالاخذ والتسليم ويصير المرتهن مستوفيا لدينه لهلاك
الرهن عنده لان الراهن ملك الرهن بالضمان مستندا الى ما قبل التسليم فتبين
انه رهن ملك نفسه فيصير المرتهن مستوفيا لدينه وان يضمن المرتهن لانه
متعد في حقه بالاخذ والقبض ويرجع المرتهن بها اي بما ضمن من القيمة وبدينه
على الراهن اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض
اقتضاؤه وقبضه فيعود حقه كما كان فيرجع عليه فان قيل لما كان قرار الضمان
على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان
فتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء في كون
المرتهن مستوفيا دينه اجيب عنه بوجهين احدهما ان المرتهن يرجع على
الراهن بسبب الغرور والغرور حصل بالتسليم الى يد المرتهن فيملك الراهن
العين من ذلك الوقت وعقد الرهن كان سابقا عليه فلم يتبين انه رهن
ملك نفسه بل ملك غيره فلا يكون المرتهن مستوفيا بملك الغير والثاني ان
الراهن يملك الرهن بالتلقي من المرتهن لان المرتهن اولا يملكه باداء الضمان ثم
ينتقل الى الراهن كما في الوكيل بالشراء كان المرتهن اشتراه من المستحق ثم باعه

باعه من الراهن وانما كان كذلك لان المرتهن غاصب في حق المستحق بالقبض فاذا ضمن
يملك المضمون ضرورة كيلا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد ولكن لما كان قرار
الضمان على الراهن انتقل اليه فيملكه من جهته فيكون ملك الراهن متاخرا عن
عقد الرهن فصار كانه رهن غير ملكه بخلاف الوجه الاول لان المستحق فيه يضمن
المستحق باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه
رهن ملك نفسه فيكون المرتهن مستوفيا بهلاكه **باب التصرف**
في الرهن وجنايته اي جناية الرهن والجناية عليه اي على الرهن فكان هذا
الباب مشتملا على ثلاثة انواع الاول في مسئلة التصرف في الرهن والثاني
في مسئلة الجناية من الرهن والثالث في مسئلة الجناية على الرهن فشرع في
بيان النوع الاول بقوله بيع الراهن الرهن موقوف على اجازة المرتهن او قضاء
الراهن دينه وعن ابي يوسف ان بيع الراهن نافذ لانه تصرف في ملكه والصحيح
ظاهر الرواية لان الرهن تعلق به حق المرتهن مثل حق المالك وفي نفوذ بيعه
ابطال حقه فلا ينفذ الا باسقاط حقه باجازته او باداء حقه لزوال المانع وهو
تعلق حق المرتهن به وكونه متصرفا في ملكه لا يمنع التوقف لغيره كمن باع ماله
لوارثه او اوصى به لغيره باكثر من ثلثه فانه يتوقف على اجازة الورثة فان
اجاز المرتهن بيعه صار ثمنه رهنا مكانه لان حقه انتقل الى الثمن لنفاذ البيع
باجازته فتكون محبوسا عنده بدينه وعن ابي يوسف ان شرط المرتهن
ان يكون الثمن رهنا عند اجازته كان رهنا والا فلا لانه لما اجاز بيع الراهن
نفذ بيعه وملك الثمن بسبب جديد فلا يصير رهنا الا بالشرط كما اذا اجره الراهن
فاجاز المرتهن الاجارة لا تصير الاجرة رهنا الا بالشرط قلنا ان الثمن بدل ما تعلق
به حق المرتهن وهو المالية وللبدل حكم المبدل فوجب انتقال حقه الى البدل كالعبد
المديون اذا بيع برضا الغرماء انتقل حقهم الى الثمن من غير شرط لما ذكرناه ولا يسقط
حقهم بالكلية لعدم رضاهم بذلك فكذا هذا بخلاف ما ذكر فان الاجرة ليست

ببدل حقه وهو المالية بل هو بدل المنفعة فلا ينتقل حقه اليها وكذا نفذ البيع اذا قضى
الراهن دينه لزوال المانع من النفاذ مع وجود المقتضى وان لم يجز المرتهن البيع
وفسخ البيع وقد سهى صاحب الدرر ههنا حيث فسره الفسخ بفسخ المرتهن عقد
الرهن فلا تغفل لا ينفسخ البيع في الاصح احترز به عن رواية ابن سماعة عن محمد
حيث قال انفسخ بفسخه حتى اذا افتكه الراهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق
الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك فيملك ان يجيز وله ان يفسخ ووجه
الاصح ان الامتناع لحق المرتهن كيلا يتضرر والتوقف على اجازته لا يضر حقه لان حقه
في الحبس لا يبطل بمجرد انعقاد البيع من غير نفاذ فبقي متوقفا ثم المشتري بالخيار
ان شاء صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر
الى القاضي فيفسخ القاضي العقد لفوات قدرة البايع على التسليم لان ولاية الفسخ
للقاضي لا للمشتري ولا للبايع فصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض فان المشتري
بالخيار ان شاء صبر حتى يرجع العبد من الاباق وان شاء رفع الامر الى القاضي ليفسخ
العقد ولو باع الراهن من رجل ثم باع من اخر قبل ان يجيز المرتهن فالثاني موقوف
ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فايهما اجاز
لزم ذلك وبطل الاخر ولو باع الراهن ثم اجره او رهنه او وهبه من غيره واجاز
المرتهن الاجارة او الرهن او الهبة جاز البيع الاول دون هذه العقود كذا في الزيلعي
وصح عتق الراهن المرتهن اي اعتاقه وتدبيره واستيلاده لانه صدر من اهله
مضافا الى محله وهو ملكه فوجب القول بنفاذه ولا يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن كما
اذا اعتق المشتري المبيع قبل القبض والابق والمغصوب فانه يصح فان كان
الراهن موسرا طولب بدينه ان كان الدين حالا اي لا بالرهن لانه لو طولب بالرهن
كان له ان ياخذ بدينه اذا كان من جنس حقه فيكون ايفاء واستيفاء فلا فائدة فيه
واخذت من المعتق الموسر قيمة الرهن اي العبد فجعلت القيمة رهنا مكانه اي مكان
العبد الرهن لو كان الدين مؤجلا لان سبب الضمان قد تحقق منه وفي التضمين فائدة

فائدة وهو حصول الاستيثاق فيحبسها الى حلول الاجل فاذا حل اقتضاه بحقه
اذا كان من جنسه لان الغريم له ان يستوفي حقه من مال غريمه اذا ظفر بجنس
حقه فان كان فيه فضل رده لانتهاء حكم الرهن بالاستيفاء وان كان اقل من حقه
يرجع بالزيادة لعدم ما يسقط وان كان الراهن المعتق معسرا يسعى العبد المعتق
في الاقل من قيمته ومن الدين ان كان القيمة اقل من الدين يسعى في القيمة وان كان
الدين اقل يسعى في الدين ورجع العبد به اي بما سعى على سيده اما سعايته فلان
حق المرتهن كان متعلقا به وقد سلمت له رقبته فاذا تعذر رجوع المرتهن
على الراهن لعسره يرجع على العبد لانه هو المنتفع بهذا العتق لان الغرم بالغنم
واما رجوعه على مولاه بعد السعاية اذا ايسر المولى فلانه قضى دينه وهو مضطر
فيه بحكم الشرع فلم يكن متبرعا فيرجع عليه بما تحمل عنه بحكم الشرع بخلاف المستسعى
في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا واجبا عليه لانه سعى لتحصيل العتق عند ابي ح ولتكميله
عندهما على ما تقدم في العتق وهنا سعى في ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فافترقا
فان قيل ان اباح قد اوجب السعاية فيما اذا اعتق احد الشريكين العبد المشترك
بينهما في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون بشرط الاعسار في السعاية
فما الفرق بينهما قلنا ان الثابت للمرتهن حق الملك والثابت للشريك حقيقة
الملك وحق الملك ادنى من حقيقته فوجب السعاية فيه حالة واحدة وهي حالة
الضرورة وفي الاعلى في الحالتين اظهارا للتفاوت بينهما هذا كله عندنا وللشافعي
اقوال في قول لا ينفذ اعتاق الراهن ولا تدبيره ولا استيلاده مطلقا وفي قول ينفذ
مطلقا وفي قول ينفذ لو كان موسرا لا لو كان معسرا والمدبر وام الولد في كل الدين
يعني ان الراهن اذا دبر العبد المرهون او استولد الامة المرهونة فان كان موسرا
ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكر في الاعتاق وان كان معسرا سعيا للمرتهن
في جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق فانه يسعى في الاقل من القيمة ومن
الدين على ما تقدم لان كسبه حق نفسه ولم يحتبس عنده الا قدر القيمة فلا يزاد عليه

وحق المرتهن تعلق بقدر الدين فلا يلزمه الزيادة بلا رجوع على مولاهما بما سعيا وان
كان المولى موسرا لانهما اداه من مال المولى فلا يرجعان عليه بخلاف المعتق فانه
اداه من مال نفسه وهو مضطر فيه على ما تقدم وقيل اذا كان الدين مؤجلا يسعيان
في قيمتهما قنا لا في كل الدين لانها عوض الرهن حتى يحتبس مكانه فيتقدر بقدر العوض
بخلاف ما اذا كان حالا حيث يسعيان في كل الدين لانه يقضى به الدين لان كسبهما مال
المولى وقد قدر على اداء الدين بكسبهما ولو اعتق الراهن المدبر او ام الولد وقد
قضى عليهما بالسعاية او لم يقض لم يسعيا الا بقدر القيمة لان كسبهما بعد العتق
ملكهما وما ادياه قبل العتق لا يرجعان به على المولى لانه مال المولى وان اتلفه اى اتلف
الراهن الرهن كاعتاقه موسرا حتى يجب عليه ضمان قيمته يوم قبضه لانه حق محترم
مضمون عليه بالاتلاف وغرم الضمان يكون رهنا عند المرتهن لقيامه مقام العين وان
اتلفه اجنبي ضمن المرتهن قيمته يعني ان الخصم في دعوى الضمان هو المرتهن وكانت اى
القيمة المأخوذة رهنا مكانه عند المرتهن لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا
في استرداد ما قام مقامه وهو القيمة والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك
باستهلاكه بخلاف ضمانه على المرتهن اذا اتلف الرهن فانه يضمن قيمته يوم
قبضه حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك خمسمائة ويوم الارتهان الفا غرم
خمسمائة وكانت رهنا عنده ويسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة
الزائدة كانها هلكت بآفة سماوية فتكون تلك الزيادة مضمونة على المرتهن
لا على الاجنبي وهذا لان المعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الهلاك
لان القبض السابق مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك
فيعتبر وقت قراره ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لانه اتلف
ملك الغير فكانت رهنا في يده حتى يحل الدين لان الضمان بدل العين فاخذ حكمه واذا
حل الدين والمضمون من جنس حقه استوفى المرتهن منه دينه ويرد الفضل على الراهن
ان كان فيه فضل فان كان دينه اكثر من قيمته رجع بالفضل وان نقصت القيمة بتراجع

يتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم القبض الفا وجب بالاستهلاك
خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط من
الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع
السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو قيمته يوم التلف كذا في الهداية فاستشكله
في الزيلعي بان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف
يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به
كالهالك حتى يسقط من الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو
لا يعتبر فوجب ان لا يسقط بمقابلته شيء من الدين ولو اعار المرتهن الرهن
من راهنه او اجره منه بان كان الرهن دارا فاجره المرتهن من راهنه ففي
الصورتين خرج الرهن من ضمانه اى ضمان المرتهن لان الضمان كان باعتبار
قبضه وقد انتقض بالرد الى صاحبه فارتفع الضمان لارتفاع المقتضي به ولا يكون
مضمونا على صاحبه لان الاسترداد كان باذنه حتى لو هلك في يد الراهن هلك
مجانا لارتفاع القبض الموجب للضمان وبرجوعه اى رجوع المرتهن الرهن
وعن الاعارة والايجار يعود ضمانه حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض
الموجب للضمان وكذا اى للمرتهن الرجوع متى شاء لان عقد الرهن باق الا
في حكم الضمان فانه غير باق في تلك الحالة ولهذا لو مات الراهن قبل ان
يسترده المرتهن كان المرتهن احق به من سائر غرمائه لان يد العارية ليست
بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن لانه قد ينفك عنه الا ترى ان ولد الرهن
رهن وليس بمضمون ولو اعاره اى الرهن احدهما اى الراهن او المرتهن
باذن الاخر من اجنبي خرج من ضمانه اى ضمان المرتهن ايضا اى كما خرج
فيما استعاره الراهن واعلم ان في كلامه ههنا وفيما سبق مسامحة حيث
ان الاعارة تمليك المنافع بغير عوض والمرتهن لا يملكها ولو من الراهن لانه
انما يملك حبسها ولكن لما عومل معاملة الاعارة من عدم الضمان وتمكن استرداد

المعير اطلق لفظ الاعارة فلو هلك في يده اي يد المستعير وهو الاجنبي هلك مجانا
اي بغير ضمان على المرتهن لانتفاء القبض الموجب للضمان ولكل منهما اي من الراهن والمرتهن
ان يرده رهنا لان لكل واحد منهما فيه حقا محترما اذ هو باق على الرهنية لبقاء
عقد الرهن بخلاف البيع والاجارة والهبة من المرتهن او من الاجنبي اذا باشرها
احدهما باذن الاخر حيث يخرج عن الرهن ثم لا يعود رهنا الا بعقد جديد حتى
لو مات الراهن قبل ان يرهنه جديدا كان المرتهن اسوة الغرماء لان الرهن قد بطل بهذه
التصرفات بخلاف الوديعة والعارية فانهما عقد غير لازم حتى لو مات الراهن قبل
تجب عقد الرهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء واليه اشار بقوله فان مات
الراهن قبل رده الى المرتهن فيما اذا استعاره او استودعه فالمرتهن احق به
من سائر الغرماء لما ذكرناه من عدم اللزوم وبقاء عقد الرهن قال في العناية وجملة
التصرفات ههنا ستة العارية والوديعة والرهن والاجارة والبيع والهبة فالعارية
توجب سقوط الضمان سواء كان المستعير هو الراهن او المرتهن اذا هلك حالة
الاستعمال او اجنبيا ولا يرفع عقد الرهن بها وحكم الوديعة كحكم العارية والرهن
يبطل عقد الرهن واما الاجارة فالمستاجر ان كان هو الراهن فهي باطلة وكانت بمنزلة
ما لو اعاره او اودعه فله ان يسترده وان كان هو المرتهن وجدد القبض للاجارة
او اجنبيا بمباشرة احدهما العقد باذن الاخر بطل الرهن والاجرة للراهن وولاية
القبض للعاقد ولا يعود رهنا الا بالاستيناف واما البيع والهبة فان العقد يبطل
بهما اذا كانا من المرتهن او اجنبي بمباشرة احدهما باذن الاخر واما من الراهن
فلا يتصور انتهى ولو استعار المرتهن الرهن من راهنه او استعمله باذنه فهلك
الرهن حال استعماله سقط ضمانه عنه اي عن المرتهن لان يده حالة الاستعمال
يد عارية وهي مخالفة ليد ضمان فلا يضمن وان هلك قبل استعماله او بعده فلا
يسقط ضمانه اما قبل استعماله فلبقاء عقد الرهن واما بعده فلارتفاع يد الامانة
بالفراغ من الاستعمال وعود عقد الرهن وصح استعارة شيء ليرهن فان اطلق

فان اطلق المعير رهنه اي رهن المستعير ذلك الشيء المستعار بما شاء اي مقابلة
ما شاء من الدين عند من شاء من دائنيه وان قيد المعير بقدر اي قدر الدين
او جنس اي جنس الدين او مرتهن او بلد تقيد به يعني من استعار شيئا من غيره
ليرهنه فالمعير اما ان يطلق في ذلك او يقيده بشيء فان كان الاول فما رهنه المستعير
به من قليل وكثير اي من الدين جائز عملا بالاطلاق لان اطلاقه مثل تقييده وكان
ذلك تبرعا من المعير باثبات ملك اليد للمرتهن فيعتبر باثبات ملك العين
واليد جميعا بان استاذن منه ان يقضي دينه بماله فاذنه بقضائه بماله فانه جائز
ويكون تبرعا منه باثبات ملك العين واليد جميعا فكذا هذا فان قيل هذا قياس
غير صحيح لجواز ان يكون صحة ذلك لاجتماع ملك العين واليد جميعا اجيب بان انفصال
احدهما عن الاخر غير مانع للصحة اذ لا استلزام بينهما حتى يلزم من انتفاء احدهما
انتفاء الاخر الا ترى انه يجوز ان ينفصل ملك العين عن ملك اليد ثبوتا كالصبي فانه
يثبت له ملك العين دون اليد وزوالا ايضا كالبيع بشرط الخيار فانه يزول اليد دون
ملك العين واذا كان كذلك جاز ان يثبت للمرتهن ملك اليد دون العين وان كان
الثاني لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر مما عينه المعير من قدر الدين ولا باقل لان التقييد
معتبر مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما يتيسر اداؤه وينفي النقصان
ايضا لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر منه بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه
بالكثير والنقصان يمنع من ذلك فيكون متعديا فيضمن له الا اذا عين له اكثر من
قيمته فرهنه باقل من ذلك بمثل قيمته او اكثر فانه لا يضمن لانه خلاف الى خير لان غرضه
اعني الرجوع عليه بالكثير حاصل بذلك مع تيسر ادائه لانه لا يرجع الا بقدر القيمة
لان الاستيفاء لم يقع الا به فتقييده باكثر من قيمته غير مفيد في حقه بل فيه ضرر
عليه لتعسر ادائه وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن والبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر
بعض الاجناس دون بعض في التحصيل وتفاوت الاشخاص والبلدان في الحفظ والامانة
فاذا كان التقييد معتبرا فان خالف المستعير في القدر او الجنس او المرتهن او البلد

ضمن عند الهلاك فان شاء المعير ضمن من التضمين المستعير قيمته لانه متعد
بتصرفه في ماله بغير اذنه فصار غاصبا لانه انما اذن فيما عينه ويتم الرهن بينه
اي المستعير وبين مرتهنه لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه او المرتهن
لانه متعد في حقه بالاخذ والقبض ويرجع المرتهن بما ضمنه من القيمة وبدينه على
المستعير وهو الراهن اما بما ضمنه فلانه مغرور من جهته واما بالدين فلانه انتقض
قبضه واقتضاؤه فيعود حقه وقد تقدم في الاستحقاق بالرهن وان وافق المستعير
المعير فيما قيده من القدر والجنس والمرتهن والبلد وهلك الرهن عند مرتهنه صار
المرتهن مستوفيا دينه ان كانت قيمة الرهن مساوية بالدين او اكثر او مستوفيا
قدر قيمة الرهن لو كانت قيمته اقل من الدين وطالب المرتهن راهنه بباقيه من الدين
لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته ووجب للمعير على المستعير مثل الدين
فيما اذا كانت قيمته مساوية بالدين او اكثر لانه صار قاضيا دينه بمال المعير بقدر
الدين وهو الموجب للرجوع عليه دون القبض بذاته لان القبض برضاه وقد وافقه
في امره فتكون الزيادة على قدر الدين امانة فلا يضمنها بالهلاك وانما المضمون
عليه بالقبض وهو قدر الدين وكذلك لو اصاب المرهون عيب عند المرتهن ذهب
من الدين بقدر نقصان العيب ووجب مثله على المستعير للمعير لكونه قاضيا دينه بماله
بذلك المقدار او قدر القيمة لما ذكرناه من انه صار قاضيا دينه بقدر القيمة فيرجع
به ولو هلك الرهن عند المستعير قبل الرهن بدون الاستعمال او لو هلك
باستعماله يضمن او بعد فكه لا يضمن المستعير لانه لم يصر قاضيا دينه وهو الموجب
للضمان على ما تقدم واو وصلية كان قد استعمله المستعير من قبل اي قبل الهلاك
تفصيله انه اذا استعار شيئا من الثوب او العبد او الدابة ليرهنه فان هلك عند
المستعير قبل ان يرهنه بلا استعمال منه فلا ضمان عليه وان هلك عنده باستعماله
بان لبس الثوب واستخدم العبد وركب الدابة قبل ان يرهنه ضمن وان استعمله
قبل ان يرهنه ثم رهنه بمال مثل قيمته ثم قضى المال ولم يقبض الرهن من المرتهن حتى

حتى هلك عند المرتهن لا ضمان على الراهن لانه قد برئ من الضمان حين رهنه فانه كان
امينا خالف ثم عاد الوفاق وان رهنه ثم افتك الرهن ثم استعمله ولم يهلك
ثم هلك بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن ايضا لانه صار بعد الفكاك بمنزلة
المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك فصار وديعة لا عارية
وقد عاد عن الخلاف الى الوفاق فبرأ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير للاستعمال
لان يده يد نفسه فلا بد من الوصول الى يد المالك وهو المعير واما المستعير ليرهن
فهو يحصل مقصود المعير وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء
فيكون يده يد المعير لا يد نفسه فلا يلزم الوصول الى يد المالك كذا في الهداية ولو
ادى المعير فتكاك الرهن بقضاء دين المرتهن من عنده اي من مال نفسه فله
ذلك لتخليص ماله ويرجع بما ادى على الراهن لانه ليس بمتبرع في ادائه لانه اداه
لضرورة تخليص ماله ولذا يجبر المرتهن على القبول فيرجع بما ادى على الراهن قال
في العناية نقلا عن النهاية ان المعير انما يرجع على الراهن بما ادى اذا كان ما اداه
بقدر قيمة الرهن لا ما كان اكثر منها مثلا اذا كان قيمة الرهن الفا ورهنه بالفين
فافتك المعير بالفين ليس له ان يرجع بما زاد على قيمته وهي الف لانه لو هلك الرهن
لم يضمن للمعير اكثر من ذلك انتهى واستشكله في الزيلعي بان تخليص الرهن
لا يحصل بايفاء بعض الدين فكان مضطرا في ايفاء الكل وباعتبار الاضطرار ثبت
له حق الرجوع فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا لان غرضه تخليص
ماله لينتفع به ولا يحصل ذلك الا باداء الدين كله اذ للمرتهن ان يحبسه حتى
يستوفي الكل انتهى ولو قال المستعير هلك في يدي قبل الرهن او بعد الفكاك
وادعى المعير هلاكه عند المرتهن فالقول للمستعير اي الراهن لانه ينكر الايفاء بماله
والرجوع عليه انما هو باعتبار الايفاء عن ماله فالقول له والبينة للمعير لانه يدعي
عليه الضمان فان قيل الظاهر شاهد للمعير لان سبب الضمان قد وجد بالرهن
والراهن يدعي فسخه فوجب ان يكون القول للمعير اجيب عنه بان الرهن لا يوجب الضمان

وانما يوجب الايفاء به ولهذا يتقدر بقدره ولو كان الرهن يوجب الضمان لضمنه كله
ولو اختلفا في قدر ما امره المعير بالرهن به فالقول للمعير لانه لو انكر الاصل وهو عقد العارية
كان القول له فكذا في انكار وصفه ولو رهنه المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه
كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى
لانه كالموجود على ما تقدم ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه
من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز
لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه
وان شاء ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته وقد اتلفه بالاعتاق ويكون القيمة
رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيردها الى المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين
وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانها تفويت حق لازم محترم للمرتهن وهو الحبس
والاستيفاء اما اللزوم فلانه لا يقدر على اسقاطه بانفراده واما كونه محترما فلانه غير
المرتهن ممنوع عن ابطاله وتعلق مثل هذا الحق بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق المالكية
كتعلق حق الورثة بمال المريض مرض الموت فانه يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث حتى صار
كالاجنبي فاذا كان المالك كالاجنبي يضمن بالاتلاف وكذا جناية المرتهن على الرهن اي مضمونة
عليه لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمن لمالكه فيسقط من دينه
بقدرها اي قدر الجناية لانه لو نقص لا بفعله يسقط فبفعله اولى وجناية الرهن عليهما
اي على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر حتى لا يلزم فيها شيء هذا على اطلاقه قول ابي حنيفة
خلافا لهما في المرتهن اي في جناية الرهن على المرتهن حيث قالا انها معتبرة اطلق
الجناية في النفس وما دونها والمراد بها جناية لا توجب القصاص بل يوجب المال بان يكون
خطأ لان ما يوجب القصاص فهو معتبر بالاجماع حتى يجب عليه القصاص فالوفاقية ههنا
مسئلتان احدهما هذه والاخر ما ذكره المصنف وهو جناية الرهن على الراهن هدر وهذا
لانها جناية المملوك على المالك فيما يوجب المال لان رقبته مملوك للمولى بدليل انه اذا مات
وجب الكفن على مولاه وكل ما كان كذلك فهو هدر لانه لو جنى على غيره وجب على مولاه من ماله

من ماله ففيما اذا جنى عليه لو وجب عليه شيء لكان واجبا له عليه وذلك باطل فان قيل انه
منقوض بالمغصوب اذا جنى على مالكه المغصوب منه فانها توجب الضمان عليه اجيب عنه
بان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية
غير المالك فلم تكن هدرا ولهما في الخلافية وهي الجناية على المرتهن ان الجناية حصلت
على غير مالكه اذ المرتهن ليس بمالك للعين والجناية على غير المالك توجب الضمان
كما اذا كانت على اجنبي آخر فلم تكن هدرا فان قيل ماليته محتبسة بدينه فلا فائدة في
ايجاب الضمان اجيب عنه بان في اعتبار هذه الجناية فائدة وهي دفع العبد اليه بالجناية
وان كان سقط حقه في الدين فاذا دفع اليه بالجناية يملك عينه بخلاف الرهن فانه لا يملك
عينه بالرهن وله فيها ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان التطهير عليه لانها
حصلت في ضمانه لكونه مخاطبا بالدفع او الفداء كالراهن فكان حكم الدفع او الفداء له
وعليه في حق شيء واحد بسبب واحد ولا فائدة في ذلك والحاصل انا لو اعتبرنا هذه الجناية
للمرتهن لزم وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه فلا فائدة في اعتبارها واما
جنايته على مال المرتهن فلا يعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة
في اعتباره لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر من الدين فاختلفت
الرواية فيه عن ابي حنيفة ففي رواية عنه انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه
فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وفي رواية عنه انه لا يعتبر لان حكم الرهن
وهو الحبس ثابت فيه فصار كالمضمون بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن او
على ابن المرتهن لان الاملاك بين الاب والابن حقيقة متباينة فصار كالجناية على
الاجنبي فيعتبر ولو رهن عبدا يساوي الفا بالف اي بمقابلة الف مؤجلة فصارت
قيمته اي قيمة العبد مائة فقتله رجل وغرم القاتل مائة وحل الاجل يقبض المرتهن
المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء من دينه اعني تسعمائة والاصل فيه ان
نقصان السعر لا يوجب سقوط الدين لان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات
الناس فيه وذا غير معتبر في شيء من العقود حتى اذا نقص قيمة المبيع قبل القبض بنقصان

السعر لا يجب للمشتري الخيار وكذا لو نقص قيمة المغصوب بنقصان السعر لا يجب على الغاصب
ضمان ما نقص عند رد العين المغصوبة بخلاف نقصان العين لان بفوات جزء منه
يتقرر الاستيفاء اذ اليد يد استيفاء فلا يقاس عليه نقصان السعر كما قاس عليه زفر ثم اذا
لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته
يوم الاتلاف لان القيمة في ضمان الاتلاف معتبر وقت الاتلاف واخذه المرتهن لانه بدل
المالية وحق المستحق وحق المرتهن متعلق بالمالية ثم لا يرجع على الراهن بما بقي من
دينه لانه استوفاه كله بالهلاك وان باعه اي باع المرتهن العبد المساوي الفا بمائة بامر
الراهن وقبض ثمنه وهو المائة رجع المرتهن عليه اي على الراهن بالباقي من الدين لانه لما باعه
باذن الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان باعه بنفسه لبطل الرهن
وبقي الدين الا بقدر ما استوفى فكذا هذا وان قتله اي العبد المساوي الفا عبد اخر
يعدل ذلك العبد الاخر مائة فدفع العبد الاخر القاتل به اي بمقابلة العبد المقتول افتكه
الراهن بكل الدين اعني الالف هذا عند ابي ح وابي يوسف وعند محمد الراهن مخير ان
شاء دفعه اي دفع العبد القاتل الذي قام مقام العبد المقتول الى المرتهن وان شاء
افتكه بالدين اي الالف فان دفعه اليه لا شيء عليه غيره وقال زفر يصير العبد القاتل رهنا عنده
بمائة لان يد المرتهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فبقي
الدين بقدره قلنا ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص
السعر لا يسقط الدين اصلا عندنا كما تقدم فكذلك اذا قام المدفوع مقامه ولمحمد في
الخيار ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب
اذا قتل في يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه فكذا هذا ولهما ان التغير لم يظهر
في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما تقدم مع زفر وعين الرهن امانة
عندنا فلا يجوز تمليكه من المرتهن بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي فانه
منسوخ بالحديث بخلاف البيع لان الخيار فيه حكم الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب
لان تملكه باداء الضمان مشروع ايضا وعلى الخلاف المذكور ايضا انه لو تراجع سعر العبد

العبد الرهن الى مائة من الف ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به وان تجنى العبد الرهن
خطأ بان قتل شخصا خطأ ففداه المرتهن اي ليس للمرتهن ان يدفع العبد الرهن الى
ولي المقتول لانه لا يملك التمليك لان رقبته ملك المولى وهو الراهن فاذا فداه اصلح رهنه
وكان دينه على الراهن بحاله والعبد رهن كما كان ولا يرجع المرتهن على الراهن بشيء من
الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه فكان اصلاحه الرهن اليه فاذا كان الاصلاح بالفداء
اليه فان ابى عن الفداء دفعه اي العبد الراهن او فداه لان الملك له يعني يقال للراهن
اذا لم يفتد المرتهن ادفع العبد الى ولي الجناية او افده بالدية وايهما فعل الراهن
سقط دين المرتهن واليه اشار بقوله وسقط الدين اي عن الراهن لان العبد قد هلك
بالدفع بسبب حصل في يد المرتهن وكذا بالفداء لانه كالحاصل له بالعوض وهذا بخلاف
ولد الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن اولا بالدفع او الفداء
على عكس ما ذكر لانه ليس في ضمان المرتهن فيبدأ بالخطاب بالراهن دون المرتهن فان دفع
الراهن خرج الولد من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك الولد ابتداء وان
فداه فهو رهن مع امه كما كان ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته
فان اداه المرتهن فدينه نفسه باق على حاله كما في الفداء وان ابى قيل للراهن بعه في
الدين الا ان يؤدي عنه فان ادى بطل دين المرتهن كما ذكر في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد
فيه ياخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق
المولى ايضا لان حقه مقدم على حق المولى وكذا على حق المرتهن لانه قائم مقام المولى
في المالية وكذا على حق ولي الجناية ايضا لان ولي الجناية قائم مقام المولى في ملك العين
فان فضل شيء من دين العبد ودين العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن
وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت لمعنى هو في ضمانه فاشبه الهلاك وان كان
دين العبد اقل منه سقط من دين المرتهن بقدره وما فضل من دين العبد يبقى رهنا
كما كان ثم اذا كان دين المرتهن قد حل اخذ المرتهن من ذلك الفضل دينه لانه من جنس
حقه وقد ظفر به وان كان لم يحل امسكه حتى يحل ثم ياخذه اذا حل ان كان من جنس

حقه وان كان ثمن العبد لا يفي بدين العبد اخذ الثمن ولا يرجع بما بقي على احد حتى يعتق
العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتاخر الى ما
بعد العتق ثم اذا ادى العبد بعد العتق لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله هذا اذا كان
العبد الرهن كله مضمونا بان كانت قيمته مثل الدين وان كانت قيمته اكثر من الدين بان كان الدين الفا
وقيمته الفان وقد جنى جناية خطأ قيل لهما ادفعاه او افدياه بها لان البعض مضمون وهو
قدر الدين والبعض امانة وهو الزايد على قدر الدين والفداء في المضمون على المرتهن وفي
الامانة على الراهن فان اجمعا على الدفع دفعا وبطل دين المرتهن والدفع في الحقيقة لا يجوز
من المرتهن لا بينا وانما له التخليص بالفداء ولهذا يطلب رضاه في الدفع لاحتمال ان يختار
الفداء وان تشاحا بان اختار احدهما الفداء والآخر الدفع فالقول لمن قال انا افديه ايهما
كان اما ان كان هو المرتهن فلانه ليس في الفداء الذي يختاره ابطال حق الراهن وفي الدفع
الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة
الامانة حتى لا يرجع على الراهن بذلك لانه كان يمكنه ان لا يختاره فيخاطب الراهن
فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا على ما روي عن ابي ح بخلاف ما اذا كان الراهن
غائبا لانه تعذر خطابه والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون عليه ولا يمكنه ذلك
الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا وعند ابي يوسف ومحمد وزفر المرتهن
متطوع في الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير امره فصار كالاجنبي واما اذا
كان المختار للفداء هو الراهن فلان المرتهن ليس له ولاية الدفع كما عرفت فكيف
يختاره وكان في الدفع الذي يختاره المرتهن تفويت حق الراهن في العين من غير
فائدة تحصل له لان حكمه يسقط بالدفع كما يسقط بفداء الرهن ثم اذا
فداه الراهن يحسب على المرتهن حصة المضمون من الفداء من دينه لان سقوط الدين
امر لازم دفع او فدى لانه بالاستحقاق صار هالكا فاذا فداه صار كانه حصل له الفداء
فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان حصة المضمون من الفداء
مثل الدين او اكثر بطل الدين وان اقل من الدين يسقط بحسابه وكان العبد رهنا

رهنا بما بقي لان الفداء في حصة الامانة كان عليه وفي حصة المضمون كان على المرتهن
فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع فيه كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه
كله او في بعضه فيبقى العبد رهنا بما بقي بخلاف ما اذا فداه المرتهن حيث يكون متطوعا
في حال حضرة الراهن لا في حال غيبته على ما تقدم كذا في الهداية والزيلعي ولو مات الراهن باع
وصيه الرهن وقضى الدين لان الوصي قائم مقام الموصي ولو كان الموصي حيا كان له ان
يبيع الرهن فكذا وصيه فان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره اي الوصي المنصوب
بذلك اي ببيع الرهن وقضاء الدين منه لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين
اذا عجزوا عن النظر لانفسهم وقد تعين النظر في نصب الوصي له ليؤدي ما عليه لغيره
ويستوفي دينه ولو كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرماء الميت لم يجز
وللآخرين من غرمائه ان يردوه لانه ايثار بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار الحقيقي
بجامع ان كلا منهما يستلزم ابطال حق الآخرين من الغرماء فلا يجوز ذلك بخلاف ما
لو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن به اعتبارا بالايفاء الحقيقي ايضا ولو ارتهن
الوصي بدين للميت على آخر جاز لانه استيفاء فيملكه الوصي وله ان يبيعه ان وكل به والا
فلا الا باذن الراهن فصل هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التي تذكر في
اواخر الكتب والفصول رهن عصيرا قيمته عشرة دراهم بعشرة دراهم الجار
متعلق برهن وهو بمعنى المقابلة فتخمر العصير اي صار خمرا ثم تخلل اي صار خلا
بنفسه وهو اي الخل يساوي بها اي العشرة اي لم ينقص بشيء من قيمته بالتخلل
فهو اي الخل رهن كما كان بها اي بالعشرة لان ما يكون محلا للبيع بقاء يكون محلا
للرهن بقاء ايضا كما ان ما يكون محلا للبيع ابتداء يكون محلا للرهن ابتداء ايضا
والخمر محل للبيع بقاء الا ترى ان من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد
فيها الا ان المشتري يتخير في البيع لتغير وصف المبيع كما اذا تعيب في يده قبل قبض
المشتري فاذا كان محلا للبيع بقاء يكون محلا للرهن بقاء ايضا وهذا لان العقد
وقع صحيحا فان تخمر فقد فسد لكن بالتخلل يعود العقد صحيحا لعود المالية المتقومة

فيها وزوال المفسد كذا في الهداية والزيلعي واعلم ان قوله ثم تخلل وهو يساوي العشرة
مذكور ايضا في الهداية والكنز والوقاية وفيه نظر لانه يشعر بان المعتبر فيه في الزيادة
والنقصان القيمة وليس كذلك بل المعتبر فيه القدر لان العصير والخل من المقدرات لانه
اما مكيل او موزون وفيهما نقصان القيمة لا يوجب سقوط شيء من الدين كما في
القلب اذا انكسر وانما يوجب الخيار للراهن بين ان يفتكه بجميع الدين وبين ان
يضمنه قيمته من جنسه او من خلاف جنسه ويجعل قيمته رهنا مكانه وملكه المرتهن
بالضمان ما ضمن قيمته من العين المتعيب هذا عندهما وعند محمد الراهن مخير بين ان
يفتكه بجميع الدين وبين ان يجعله بالدين كما صرح به في الزيلعي والعناية وهذا لان
الغائب فيه مجرد الوصف وفوات شيء من الوصف في المكيل والموزون وان كان
مرغوبا فيه لا يوجب سقوط شيء من الدين عندنا بل يوجب الخيار كما ذكرناه وانما يوجب
سقوط الدين فوات شيء من قدره فيكون الحكم فيما نحن فيه انه ان نقص شيء من
قدر الخل سقط من الدين بقدره والا فلا فالاولى ان يقول ثم تخلل ولم ينقص من
مقداره شيء كما وقع في العناية وقال فيها ايضا ان العصير المرهون اذا تخمر فاما ان
يكون الراهن والمرتهن مسلمين او كافرين او يكون الراهن وحده مسلما او بالعكس
فان كانا كافرين فالرهن بحاله تخلل او لم يتخلل وفي الاقسام الباقية ان تخلل
فكذلك والى هذا يشير اطلاق قوله ثم تخلل اي بنفسه وان لم يتخلل بنفسه فهل
للمرتهن ان يخللها او لا فيه تفصيل ان كانا مسلمين او كان الراهن مسلما جاز تخليله
لان المالية وان تلفت بالتخمر بحيث لا يضمن وذلك يسقط لكن اعادتها ممكنة
بالتخليل فصار كتخليص الرهن من الجناية وللمرتهن ذلك واذا جاز ذلك للمسلمين
والخمر ليست بمحل بالنسبة اليهم فلان يجوز في المرتهن الكافر اولى لانها محل بالنسبة
اليه واما اذا كان الراهن كافرا فله ان ياخذ الرهن والدين على حاله لان صفة الخمرية
لا تعدم المالية في حق الكافر فليس للمرتهن المسلم تخليلها فان خللها ضمن قيمتها
يوم خللها لانه صار غاصبا بما صنع كما لو غصب خمر ذمي فخللها والخل له وتقع المقاصة

المقاصة ان كان دينه من جنس القيمة ويرجع بالزيادة ان نقصت قيمتها يوم التخليل من
دينه انتهى وان رهنت على صيغة المجهول شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت الشاة
في يد المرتهن فدبغ اي المرتهن جلدها وهو اي الجلد يساوي درهما فهو اي الجلد
رهن به اي بدرهم ان كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما واما اذا كانت قيمته يومئذ
درهمين ويعرف ذلك بان ينظر الى قيمة الشاة حية ومسلوخة فان كانت قيمتها
حية عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة كانت قيمة الجلد يوم الارتهان درهما وان
كانت قيمتها مسلوخة ثمانية كانت درهمين وانما وجب النظر الى قيمة الجلد واللحم
يوم الرهن لا يوم الدباغ لان الاصل ان قيمة الرهن انما يعتبر يوم الارتهان هكذا اذا كانت
قيمة الشاة مثل الدين فان كانت اكثر او اقل من الدين فقال في الكفاية اما اذا كانت قيمة
الشاة اكثر من الدين بان كانت قيمتها عشرين وقد دبغ الجلد والدين عشرة فانه ينظر
الى قيمة الجلد والى اللحم يوم الارتهان فان كانت قيمته يوم الارتهان درهما بان كانت
قيمتها حية عشرين ومسلوخة تسعة عشر علم ان قيمة الجلد كانت درهما فيكون الجلد
رهنا بنصف درهم لان باداء كل درهم من الشاة نصف درهم من الدين فيكون الجلد
رهنا بنصف درهم ويسقط باداء اللحم تسعة ونصف وان كانت قيمة الشاة اقل
من الدين بان كانت قيمتها خمسة وقد دبغ الجلد وكانت قيمة الجلد يوم الارتهان
درهما فقد ذهب من الدين اربعة والجلد رهن بستة لان الخمسة من الدين باقية ومقابلة
الخمسة الاخرى كانت الشاة مرهونة فلما ماتت الشاة ذهب بما ذهبت وهو الخمسة
وقد عاد من الساقط بقدر مالية الجلد بالدباغة وهو درهم وكل جزء من المرهون
محبوس بجميع الدين فلذا كان الجلد مرهونا بما بقي من الدين وهو ستة ولم تعد
اربعة لانها كانت بازاء اللحم ولم يزل التوى عن اللحم وقد كان بقي عليه من الدين خمسة
فكان الباقي من الدين ستة فصار الجلد رهنا بستة مضمونا بدرهم فاذا هلك الجلد
بعد ذلك هلك بدرهم واحد ويرجع على الراهن بالخمسة الباقية من الدين هذا
قالوا ان ما ذكر اعني كون الجلد رهنا بما يخصه من الدين لا يشكل اذا حصل دبغ الجلد

من المرتهن بشيء لا قيمة له بان تربه او شمسه لانه في هذه الحالة لا يستحق بسبب الدباغة
على الراهن شيئاً حتى يستحق حبس الجلد فاما اذا حصل الدبغ بما له قيمة يثبت للمرتهن
حق حبس الرهن بما زاد الدبغ فيه كما لو غصب جلد ميتة ودبغه بشيء له قيمة واذا استحق
المرتهن حبس الجلد بما زاد الدبغ فيه فهل يبطل الرهن الاول او لا يبطل قال الفقيه ابو جعفر
فيه قولان في احدهما يبطل ويصير الجلد رهنا بقيمة ما زاد الدباغ فيه حتى لو ادى الراهن
قيمة ما زاد الدباغ فيه اخذ الجلد لانه صار مرهونا بالدين الثاني حكما ولو صار مرهونا
بالدين الثاني حقيقة بان قال الراهن جعلته رهنا بالدين الحادث ينفسخ الاول
بالثاني فكذا اذا صار مرهونا به حكما وفي القول الآخر لا يبطل لان الاصل عندنا ان الشيء
انما يبطل بما هو مثله او فوقه ولا يبطل بما هو دونه كالبيع بالف ينفسخ بالبيع بالف
او باقل من الف فانه مثل البيع الاول او زيادة الثمن وقلته لا يضر فينفسخ به الاول ولا
يبطل بالاجارة او بالرهن لانهما دون البيع والرهن الثاني ههنا دون الاول لانه انما
استحق حبس الجلد بالمالية التي اتصلت الجلد بحكم الدبغ وتلك المالية تبع للجلد لانها
وصف له والوصف يتبع الاصل دائما والرهن الاول بما هو اصل بنفسه وليس بتبع
لغيره وهو الدين فيكون اقوى من الثاني فلم ينفسخ بالثاني ويثبت الثاني ايضا
لان سببه قد تحقق وانه لا يمكن رده بخلاف الاجارة والرهن لان ردهما ممكن بالقول
ببطلانها كذا في الكفاية والزيلعي قال في قاضيخان رجل رهن شاة واباح للمرتهن ان
يشرب من لبنها كان للمرتهن ان يشرب او ياكل ولا يكون ضامنا فان هلكت الشاة
بعد ذلك عند المرتهن قسم الدين على قيمة الشاة وعلى قيمة اللبن فما اصاب
الشاة يسقط ذلك القدر من الدين وما اصاب اللبن يرجع المرتهن بذلك على
الراهن لان شرب اللبن باذن الراهن كشرب الراهن ولو شرب الراهن لا يسقط
قدر حصته من الدين كما لو اتلف الراهن عضوا من اعضائها كان للمرتهن ان يرجع
على الراهن بحصته من الدين وعلى هذا جميع النماء والزيادة انتهى وهل يرجع المرتهن
بالدين على الراهن بعد جعل الرهن بالدين بالهلاك ثم عاد الى المرتهن او يكون ملكا

ملكا للمرتهن ففيه خلاف بيننا وبين زفر قال زفر يكون ملكا له وقال اصحابنا يعود
الدين ويرجع به على الراهن على ما صرح به في الزيلعي حيث قال ولو ابق العبد المرهون
وجعل بالدين ثم عاد يعود بالدين وعند زفر لا يعود بل يكون العبد ملكا للمرتهن
لان القاضي لما جعل بالدين فقد ملكه اياه كالمغصوب يعود بعد الضمان فانه يكون
ملكا للغاصب ولا يعود الى ملك المغصوب منه قلنا ان الرهن لا يملك بالدين لانه حكم
جاهلي على ما تقدم وانما يقع بقبضه الاستيفاء من وجه ويتم ذلك بالهلاك
فاذا عاد ظهر انه لم يتم فبقي محبوسا بالدين بخلاف المغصوب فانه يملكه بالضمان ونماء
الرهن كولده الكاف للتمثيل لا للتشبيه ولبنه وصوفه وثمره للراهن لانه متولد عن
ملكه فيكون له ويكون النماء رهنا مع الاصل لانه تبع له لكونه متولدا منه فيكون
رهنا معه اي يحتبس معه لان الاوصاف القارة في الاصل اللازمة له تسري الى الفروع
المتولدة منه اذا كانت الفروع صالحة لاحكام الاصل والرهن من هذا القبيل لانه حق
متاكد لازم حتى لا ينفرد الراهن بابطاله فيسري الى الفروع كالحرية والقنية والكتابة
والمدبرية والمبيعية فان هذه لكونها اوصافا لازمة تسري من الام الى الاولاد بخلاف
ولد الجارية الجانية فان حكم الجناية لا تسري الى الولد ولا يتبع امه فيها لان الحق فيها
غير متاكد حتى ينفرد المالك بابطاله بالفداء وبخلاف ولد المستاجرة والكفيلة
والمغصوبة والموصى بخدمتها لان المستاجر حقه في المنفعة دون العين وفي الكفالة
الحق في الذمة والولد لا يتولد من الذمة وفي الغصب السبب اثبات اليد العادية
بازالة اليد المحقة وهو معدوم في الولد ولا يمكن اثباته فيه تبعا لانه فعل حسي
والتبعية تجري في الاوصاف الشرعية وفي الجارية الموصى بخدمتها المستحق له
هو الخدمة وهي منفعة والولد غير صالح لها قبل الانفصال فلا يكون تبعا لها وبعده
لا ينقلب موجبا ايضا بعد ان ينعقد غير موجب فان هلك النماء هلك بلا شيء
لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودة اذ اللفظ
لا يتناولها الا اذا صار مقصودا بالفكاك كما سيظهر لك ذلك وان بقي النماء وهلك

مطلب نماء الرهن للراهن

الاصل يفتك الرهن وهو النماء الباقي بحصته من الدين لان النماء صار مقصودا بالفكاك لا
لهلاك الاصل والتبع اذا صار مقصودا يكون له قسط مما يقابل الاصل كولد المبيع لا حصة
له من الثمن ثم اذا صار مقصودا بالقبض صار له حصة من الثمن حتى اذا هلكت الام
قبل القبض وبقي الولد كان للمشتري ان ياخذ الولد بحصته من الثمن ولو هلك الولد
قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن يقسط الدين شروع في بيان معرفة حصة النماء و
الاصل من الدين يعني اذا كان يفتك النماء بحصته من الدين يقسط الدين على قيمة
الاصل يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك فما اصاب الاصل يسقط وما اصاب
النماء افتك الراهن به اي بما اصاب النماء لان الولد صار له حصة من الدين بالفكاك
لا قبله كما عرفت والام دخلت في ضمانه من وقت القبض فيعتبر قيمة كل واحد منهما
في وقت اعتباره قال علاء الدين في شرح الوقاية نقلا عن الكرخي وتفسير ذلك رجل
رهن رجلا امة قيمتها الف بالف فولدت ولدا يساوي الفا والدين الان في الظاهر
نصفان نصف في الامة ونصف في الولد فان مات الولد ذهب بغير شيء لعدم حصته
من الدين مع بقاء الاصل فكانت الام رهنا بجميع الدين فان ماتت الام بعد موت
الولد ذهب بجميع الدين فان ماتت قبل الولد ذهب بنصف الدين وافتك الراهن
الولد بنصف الدين فان لم يفتكه الراهن حتى مات بعد امه ذهب بغير شيء وصار
كانه لم يكن وذهبت الام بجميع الدين الى هنا لفظ الكرخي ولو اذن الراهن المرتهن
في اكل زوائد الرهن بان قال مهما زاد الرهن فكله فاكله فلا ضمان عليه ولا يسقط
شيء من الدين لانه اتلفه باذن صاحبه وهذا اباحة واطلاق والاطلاقات يجوز تعليقها
بالشرط والخطر بخلاف التمليك كذا في الفتاوى وتصح الزيادة في الرهن بان رهن ثوبا
يساوي عشرة بعشرة ثم يزيد الراهن ثوبا آخر ليكون رهنا مع الاول بالدين الاول
ولا تصح في الدين بان يزيد دينا على الدين الاول على ان يكون الرهن الاول رهنا بالدينين
وهذا غير جائز لا بمعنى ان زيادة الدين على الدين الاول غير جائز في نفسها لان الاستدانة
بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الاول جائز بالاجماع بل بمعنى ان الرهن لا يكون رهنا

رهنا بالدين الثاني ولذا قال فلا يكون الرهن رهنا بها اي بالزيادة احترازا عما ذكرناه
خلافا لابي يوسف قال يجوز الزيادة في الدين ايضا بمعنى ان الرهن يكون رهنا بالاصل
والزيادة معا وقال الشافعي وزفر لا يجوز الزيادة في الرهن ايضا لهما ان الزيادة في
الرهن يؤدي الى الشيوع لانه لا بد للرهن الثاني من ان يكون له حصة من الدين فيخرج
الرهن الاول بقدره من ان يكون مضمونا وذلك شايع والشيوع يفسد الرهن
ولابي يوسف ان الدين في باب الرهن كالثمن في المبيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة
فيهما كما في البيع ولابي حنيفة ومحمد ان الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن لان
الزيادة يثبت فيه ضمان الدين الثاني فيكون بعض الرهن مضمونا به وبعضه
مضمونا بالدين الاول وذلك البعض مشاع بخلاف الزيادة في الرهن لانها توجب
تحول الدين الى الرهن الثاني لان الدين ينقسم عليهما فصار الشيوع في الدين لا في الرهن
وذلك غير مانع صحة الرهن الا ترى انه لو رهن شيئا بخمسمائة من الف درهم عليه يجوز
ولو كان الشيوع في الدين مانعا لما جاز هذا واذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه
زيادة قصدية قسم الدين على قيمتها يوم قبضها وعلى قيمة الاول يوم قبضه لان
كل واحد منهما دخل في ضمان المرتهن يوم قبضه فكان المعتبر يوم قبضه واذا رهن
جارية بالف تساوي الفا فولدت ولدا يساوي الفا فاراد الراهن الزيادة على الولد
فقال زدتك هذا العبد مع الولد رهنا وهو ايضا يساوي الفا جاز العقد ويكون
العبد رهنا مع الولد دون الام فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم
العقد فما اصاب الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وعلى قيمة العبد يوم قبضه لانه
دخل في ضمانه بالقبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت لانه اذا هلك خرج من
العقد وصار كان لم يكن فبطل الحكم في الزيادة ولو قال الراهن زدتك هذا العبد
مع الام قسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب
الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت على الام فصارت كانها كانت في
اصل العقد فيكون الولد داخلا في حصة الام خاصة فان ماتت الام بعد الزيادة

ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة بما فيهما لان هلاك الام لا يوجب سقوط الضمان
بل يقرره فلا يبطل الحكم وفي الزيادة لو مات الولد بعد الزيادة ذهب بغير شيء وكان
العقد في الام وولدها معها كذا في العناية وتفصيله في الزيلعي وان رهن عبدا يعدل الفا بالف
فدفع مكانه اي مكان العبد عبدا آخر يعدلها اي الالف فالاول رهن حتى يرده
المرتهن الى راهنه لانه دخل في ضمانه بالقبض والدين فلا يخرج عن الضمان ما داما
باقيين الا ان ينقض القبض والمرتهن امين في الثاني حتى يجعله اي الثاني مكان
الاول برد الاول الى راهنه لان الاول لما كان في ضمانه بالقبض والدين لا يدخل الثاني
في ضمانه ما دام الاول في ضمانه لانهما انما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما معا فاذا
خرج الاول عن ضمانه برده الى الراهن دخل الثاني في ضمانه فيكون رهنا مكان الاول
فهل يشترط تجديد القبض في الثاني ففيه اختلاف قيل يشترط لان يد المرتهن
على الثاني يد امانة وعلى الاول يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر
جياد فاستوفى زيوفا بظنها جيادا ثم علم انها زيوف وطالبه بالجياد واخذها فان
الجياد امانة عنده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض في الجياد وقيل لا يشترط
لان الرهن تبرع كالهبة وعينه امانة على ما عرف وقبض الامانة ينوب عن قبض الامانة
ولان الرهن عينه امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض
العين ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه فهلك الرهن هلك بلا شيء
في الاستحسان خلافا لزفر له ان القبض وقع مضمونا فيبقى الضمان ما بقي القبض
ولنا ان ضمان الرهن باعتبار القبض والدين ولو كان الدين موعودا على ما
تقدم وبالابراء والهبة لم يبق احدهما وهو الدين لسقوطه بهما والحكم الثابت
بعلة ذات وصفين يزول بزوال احدهما الا ترى انه لو رد الرهن الى راهنه يسقط
الضمان لزوال القبض مع بقاء الدين فكذلك اذا سقط الدين بالابراء والهبة يسقط
الضمان لزوال الدين مع بقاء القبض بخلاف ما اذا احدث المرتهن بعد البراءة
منعا عن القبض بان طلبه الراهن ومنعه عنه ثم تلف في يده فانه ضمن قيمته لانه

لانه حق المنع لم يبق بعد الابراء فصار بالمنع غاصبا فيضمن قيمته وكذا اذا ارتهنت
المرأة بصداقها رهنا فابرأته او وهبته له او اختلعت عليه او ارتدت والعياذ
بالله تعالى قبل الدخول بها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء لسقوط
الدين بخلاف ما لو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متبرع
ثم هلك الرهن في يد المرتهن فانه يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى
الى الراهن او الى المتبرع والفرق بينهما ان الابراء يسقط به الدين اصلا
وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو السبب الموجب للدين لكن يكون
المقبوض مضمونا على القابض فيلتقيان قصاصا على ما بينه في الزيلعي وبخلاف
ما لو اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين فانه استيفاء وبخلاف ما اذا
احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك
بالدين لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان
على المحتال عليه او ما يرجع به عليه ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة
الوكيل وبخلاف ما اذا تصادقا على ان لا دين عليه وهلك الرهن في يده يهلك بالدين
ايضا لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة قائمة بخلاف الابراء
كذا في الهداية وهو على اطلاقه مختار بعض المشايخ وفصله في الكافي وقال ذكر
شمس الائمة السرخسي في المبسوط اذا تصادقا على ان لا دين بقي ضمان الرهن
اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك
ووجوب الدين ظاهرا يكفي لضمان الرهن فكان مستوفيا واما اذا تصادقا
على ان لا دين والرهن قائم ثم هلك فيهلك امانة لانه بتصادقهما ينتفي
الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين كذا في الزيلعي والى ما ذكر اشار
بقوله ولو قبض المرتهن دينه او بعضه منه اي من الراهن او من غيره اي غير
الراهن اعني المتبرع او شرى به اي بالدين عينا او صالح عنه اي عن الدين على شيء
او احتال المرتهن اي قبل الحوالة به اي بالدين على آخر ثم هلك الرهن في هذه الصور

قبل رده الى راهنه هلك بالدين ويرد ما قبض الى من قبض منه من الراهن او المتبرع
وتبطل الحوالة وكذا لو تصادقا على عدم الدين ثم هلك هلك بالدين وقد ذكرنا
وجهها وما ذكره من قوله وكذا اذا تصادقا على ان لا دين ثم هلك هلك بالدين هو
مختار الهداية وفيه تفصيل ذكرناه **كتاب الجنايات** الجناية في اللغة اسم
لما يكتسب من الشر تسمية بالمصدر من جنى عليه شرا وهو عام الا انه في الشرع خص
بفعل محرم شرعا حل بالنفوس والاطراف والاول يسمى قتلا والثاني يسمى قطعا وجرحا
القتل وهو فعل صادر من العباد يزول به الحياة واعلم ان القتل الذي يتعلق به الاحكام
الشرعية من القصاص والدية والكفارة وحرمان الارث خمسة بدليل الاستقراء على ما
سيظهر في الكتاب اما عمد وهو ان يقصد ضربه بما يفرق الاجزاء من سلاح او محدد
من حجر او خشب او ليطة وهو قشر القصب والزجاج او حرقه بالنصب عطف على
ضربه بنار وهذا لان العمد من افعال القلوب ولا يوقف عليه الا بدليل وهو استعمال
الالة القاتلة فعلم تعمده عند استعماله ذلك هذا ثم القصاص بالاحراق بالنار
اتفاقي بخلاف ما لو القاه في النار ثم اخرج وبه رمق فمكث اياما ولم يزل صاحب
فراش فانه ان مات منه قتل الملقي وان كان يجيء ويذهب ثم مات لم يقتل كذا في قاضيخان
قال في الكفاية الحدة ليس بشرط اذا كانت الالة من الحديد واستدل عليه بما ذكره في
المغني بقوله القتل العمد ان يتعمد الانسان قتل من لا يحل قتله بالحديد سواء كان
سلاحها نحو السيف والسكين او لم يكن سلاحا نحو الابرة وسواء كان له حدة
تصنع او ليس له حدة ترض رضا كالعمود وصنجة الميزان وسواء كان الغالب
منه الهلاك او لم يكن فبهذا تبين لك ان العبرة في هذا الباب للحديد لا الحدة
هذا كله على رواية الاصل وذكر الطحاوي عن ابي ح انه اذا قتله بصنجة حديدا وعمود
لا حدة له فهو ليس بعمد محض [illegible] يجب القصاص بل هو خطأ عمد وفي كلام المص اشارة
الى رواية الاصل حيث شرط الحدة في نحو الحجر والخشب والليطة مما لم يكن من حديد
ولم يشترط فيما يكون من الحديد وعندهما ان يقصد ضربه بما يقتل غالبا كذا في الكفاية

في الكفاية حتى اذا ضربه بحجر عظيم او خشبة عظيمة فقتل به يكون عمدا عندهما لانهما
مما يقتلان غالبا والحدة ليس بشرط عندهما وموجبه اي موجب القتل العمد الاثم
لقوله تع ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم ولاجماع الامة والقصاص لقوله
تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى والمراد به القتل العمد ولان القصاص نهاية الجزاء
فلا يشرع الا بنهاية الجناية ولا تتناهى الا بالعمد لان الخطأ فيه شبهة فلا يوجب العقوبة
المتناهية عينا اي ليس للولي الخيار بين القصاص واخذ الدية بل القصاص معين
الا ان يعفى اي يعفو الولي فيسقط القصاص بعفو الولي فلا يجب شيء ان كان العفو
بغير بدل وان كان العفو ببدل يجب المشروط بالصلح لا بالقتل حتى لو قال الولي انا
اخذ المال بدل القصاص ولم يرض به القاتل ليس له اخذ المال لعدم الصلح ولا يسقط
القصاص بالعفو وقال الشافعي الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختيار الولي وروي
عنه ايضا ان الواجب هو القصاص عينا لكن للولي حق العدول الى المال من غير رضى القاتل
ولا كفارة فيه اي في القتل العمد وقال الشافعي تجب الكفارة فيه اعتبارا بالخطأ بل اولى
لانها شرعت لمحو الاثم وهو في العمد اكثر فكان ادعى الى ايجابها قلنا ان الكفارة دائرة
بين العبادة والعقوبة فلا بد ان يكون سببها دائرا بين الحظر والاباحة لتعلق
العبادة بالمباح والعقوبة بالمحظور وقتل العمد كبيرة محض فلا يناط به كسائر
الكبائر مثل الزنا والسرقة والربا ولا يمكن الحاقه بالخطأ لانه دونه في الاثم فشرعه
لدفع الادنى لا يدل على دفع الاعلى ولان في قتل العمد وعيدا محكما فلا يمكن ان يقال
يرتفع المأثم فيه بالكفارة مع وجود التشديد في الوعيد بنص قاطع ولان الكفارة
من المقدرات الشرعية فلا يجوز اثباتها بالقياس او بالدلالة واما شبه عمد
عطف على قوله اما عمد وهو الثاني من وجوه القتل وهو ضربه قصدا بغير
ما ذكر من الالات في القتل العمد من سلاح او محدد من حجر او خشب او ليطة
او احراق بالنار والمراد بغير ما ذكر ما لا حد له من الالة كالحجر والعصا وكل شيء ليس
له حد يفرق الاجزاء هذا عند ابي ح وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي اذا ضربه

يجرى عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا لانه
يتقاصر فيه معنى العمد لان استعمال ما لا يقتل به غالبا قد يقصد به غير القتل كالتاديب
فكان شبه العمد بخلاف استعمال ما لا يلبث من الالة لانه لا يقصد به الا القتل فيكون
عمدا وموجبه اى موجب شبه العمد الاثم لانه ارتكب محرما فى دينه قاصدا له
والكفارة على القاتل لانه خطأ من وجه نظرا الى الالة فدخل تحت النص على الخطأ وهو
من قتل مؤمنا خطأ الاية والدية المغلظة وهى مائة من الابل ارباعا على ما سياتى بيانه
فى الديات على العاقلة والاصل فيه ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث
من بعد فهى على العاقلة اعتبارا بالخطأ بخلاف ما يصالحوا فيه على الدية وبخلاف قتل
الوالد ولده عمدا وبخلاف اقرار القاتل القتل خطأ وقد كان قتله عمدا فان فى هذه الصور
يجب الدية على القاتل فى ماله لا على العاقلة اذ لم يجب بالقتل ابتداء بل وجبت لمعنى
يحدث بعد القتل وهو الصلح وكون القاتل بالدية على العاقلة فى ثلاث سنين والمروى عنه
كالمروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه مما لا يعرف بالرأى لا القود لان رسول الله
صلى الله عليه وسلم اوجب فيه الدية لا القصاص ولانه لما كان خطأ من وجه على ما عرفت
وعمدا من وجه كان ذلك شبهة فى سقوط القصاص فسقط وهو اى شبه العمد
فيما دون النفس اى فى الاطراف عمد اى ليس شبه عمد بل عمدا وخطأ لان اتلاف
النفس يختلف باختلاف الالة فان اتلاف النفس لا يقصد الا بالسلاح وما جرى مجراه
واما ما دونها فانه يقصد اتلافه بغيره كما يقصد به الا ترى ان فقأ العين كما يقصد
بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة ايضا كذا فى العناية فقصر المصر على
العمد قاصر واما خطأ وهو النوع الثالث من انواع القتل وهو اى الخطأ فى القصد
اى قصد القاتل بان يرمى شخصا ظنه صيدا او حربيا فاذا فجائية هو اى المرمى
اليه ادمى معصوم الدم او فى الفعل عطف على فى القصد يعنى ان الخطأ على نوعين
نوع فى القصد ونوع فى الفعل لان الرمى الى شىء مثلا مشتمل على فعل القلب وهو القصد
وفعل الجارحة وهو الرمى فاذا اتصل الخطأ بالاول فهو النوع الاول واذا اتصل بالثانى

بالثانى فهو النوع الثانى وفسر المصر الاول بما ذكره والثانى بقوله بان يرمى غرضا
فيصيب ادميا فانه لم يقصد برميه ادميا حتى يكون الخطأ فى قصده واما ما يجرى
مجرى الخطأ كنائم انقلب على اخر فقتله وموجبهما اى موجب الخطأ وما يجرى
مجراه الكفارة على القاتل لما ذكرناه والدية لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية
مسلمة الاية على العاقلة لما ذكرناه من قصة عمر واما قتل بسبب وهو النوع الخامس
من انواع القتل وهو ان يحفر بئرا او يضع حجرا فى غير ملكه بلا اذن مالكه فيهلك
به انسان وموجبه الدية على العاقلة اما وجوب الدية فلانه سبب التلف وهو متعد
بالحفر والوضع فجعل كالدافع الملقى فيجب فيه الدية صيانة للانفس واما انها
على العاقلة لان القتل بهذا الطريق دون القتل فى الخطأ فيكون معذورا فيجب على العاقلة
تخفيفا عنه كما فى الخطأ بل اولى لعدم القتل منه مباشرة لا الكفارة لما ذكرناه من عدم القتل
منه مباشرة وكلها اى كل انواع القتل توجب حرمان الارث للقاتل عن المقتول الا هذا
اى القتل بسبب وقال الشافعى يحرم الميراث بالقتل بالسبب ايضا لان الشارع جعله كمباشر
القتل فى ايجاب الضمان عليه فيتوفر عليه سائر احكامه ولنا انه ليس بمباشر الفعل
حقيقة وانما الحق بالمباشر فى ايجاب الضمان على خلاف القياس صيانة للدم عن
الهدر فبقى فى حق الكفارة وحرمان الارث على الاصل باب ما اى قتل
يوجب القصاص وما لا يوجب يجب القصاص بقتل من هو محقون الدم على التابيد
وهو المسلم والذمى احترز به عن الحربى والمرتد والزانى المحصن والحربى المستامن
ومن سب النبى صلى الله عليه وسلم فان دمهم ليس بمحقون على التابيد فقتلهم
لا يوجب القصاص عمدا لقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود ولان الجناية بالعمد
يتكامل فكان جزاؤها متكاملا ايضا وهو القصاص يعنى ان القصاص جزاء كامل
فيقتضى جناية كاملة وهو القتل بالعمد فاشترط العمد فيه واحترز به عن
الخطأ لانه لا يوجب القصاص بل يوجب الدية فيقتل الحر بالحر وبالعبد اما الحر بالحر
فبالاتفاق لقوله تعالى الحر بالحر واما الحر بالعبد فقد اختلفوا فيه فذهب اصحابنا

مطلب القتل بسبب

اي قتل الحر بالعبد لعموم قوله تعالى النفس بالنفس وبقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون
يتكافأ دماؤهم ولانهم تساووا في العصمة فيجب القصاص وقال الشافعي لا يقتل
الحر بالعبد لعدم المساوات بينهما قلنا القصاص يعتمد المساواة في العصمة وهي
بالدين او بالدار ويستويان فيهما والمسلم بالذمي خلافا للشافعي لقوله صلى الله
عليه وسلم لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية ولان الكفر مبيح
فيورث الشبهة ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بذمي ولان المساواة
في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار والمبيح هو كفر المحارب دون المسالم
والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما رواه الحربي بدليل سياقه ولا يقتلان
اي الحر والذمي بمستأمن لانه غير محقون الدم على التأبيد وكذا كفره باعث على
الحراب لانه على قصد الرجوع الى دار الحرب وعند ابي يوسف ان الذمي يقتل بالمستأمن
بل يقتل المستأمن بمثله لوجود المساواة فيه هذا قياس والاستحسان انه لا يقتل به
لقيام المبيح والذكر بالانثى والعاقل بالمجنون بخلاف العكس فانه لا يقتل المجنون
بالعاقل كما في قاضيخان والبالغ بغيره اي بالصبي والصحيح بغيره اي بالمريض كالبصير
بالاعمى وكامل الاطراف بناقصها للعمومات الواردة في القصاص ولوجود المساواة
بينهم في العصمة وهي المعتبرة في القصاص ولو اعتبرت المساواة فيما وراء العصمة
لانسد باب القصاص والفرع باصله وان علا (وان سفل صح) يعني يقتل الولد بقتل اصله وان
علا من طرف الاب او الام لوجود المقتضي وعدم المانع لا الاصل بفرعه من طرف
الاب او الام وان علا لوجود المانع وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يقتل الوالد
لولده بل تجب الدية في مال القاتل في ثلاث سنين لا في الحال ولا السيد بعبده
ومدبره ومكاتبه وعبد ولده لقوله صلى الله عليه وسلم لا يقتل السيد لعبده ولانه
لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص وعبد بعضه له اي وكذا لا يقتل الرجل بعبد
ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى فاذا سقط في البعض سقط في الكل وان ورث
قصاصا على ابيه سقط لان الابن لا يستوجب القصاص على ابيه وصورة المسئلة

مطلب لا يقتل الاصل بفرعه ولا السيد بعبده

المسئلة اذا قتل الاب اخا امرأته ثم ماتت المرأة قبل ان يقتص منه فان ابنها منه
يرث القصاص الذي لها على ابيه فيسقط لما ذكرناه وكذا اذا قتل امرأته فلابنها
منه ان يقتص ثم يسقط القصاص لما ذكرناه والام والاجداد والجدات من اي جهة
كانوا كالاب وذلك لما بينهما من الجزئية كما في الاختيار ولا قصاص على شريك الاب
في قتل ولده صورته اجنبي شارك الاب في قتل ولده يعني قتلاه معا لا يجب
القصاص على الشريك الاجنبي لانه لا يجب على الاب فكذا على شريكه لعدم تجزي القصاص
او المولى اي شريك المولى في قتل عبده لانه لا يجب على المولى بقتل عبده فكذا على شريكه
فيه بان قتلاه معا او المخطئ اي اشترك العامد مع المخطئ في قتل رجل فقتلاه
لا يجب القصاص على شريك المخطئ لعدم وجوبه على المخطئ فكذا على شريكه او
شريك الصبي اي لا يجب القصاص على شريك الصبي في القتل بان قتلاه معا رجلا او شريك
المجنون اي اشترك العاقل مع المجنون في القتل لا يجب القصاص على العاقل لعدم وجوبه
على المجنون وكل من لا يجب القصاص بقتله اي لا يجب القصاص على شريك كل من لا يجب
القصاص بقتله كالمذكورين وغيرهم وان قتل عبد الرهن لا يقتص القاتل حتى
يحضر الراهن والمرتهن لان المرتهن لا يليه لعدم الملك له والراهن لا يليه لما فيه من
ابطال حق المرتهن في الدين لانه لو قتل القاتل بطل حق المرتهن في الدين لهلاك
الرهن بلا بدل وليس للراهن ان يتصرف تصرفا يؤدي الى ابطال حق الغير وذكر
في العيون والجامع لفخر الاسلام انه لا يثبت لهما القصاص وان اجتمعا فجعلاه كالمكاتب
الذي ترك وفاء ووارثا ولكن الفرق بينهما ظاهر فان المرتهن لا يستحق القصاص
لعدم ملكه ولا ولاء فلم يشتبه من له الحق بخلاف المكاتب على ما سنبينه وان قتل
العبد المبيع قبل القبض فالقصاص للمشتري ان اجاز البيع لانه المالك وان نقض
فللبايع لان البيع انفسخ وظهر انه المالك وهذا عند ابح وقال ابو يوسف هو كذلك
ان اجاز البيع لما بيناه وان فسخ فلا قصاص للبايع لعدم ملكه عند الجناية فلم
ينعقد موجبا له ووجبت له القيمة وعند محمد تجب له القيمة في الوجهين لاشتباه

المستحق كذا في الزيلعي وان قتل مكاتب عن وفاء بان ترك مالا يفي ببدل الكتابة وله وارث
مع سيده فلا قصاص بالاتفاق لاشتباه من له القصاص لانه ان مات حرا فالقصاص
للوارث وان مات عبدا فالقصاص للمولى وقد اختلف الصحابة رضي الله عنهم في موته
حرا او عبدا وان لم يكن وفاء يقتص سيده يعني القصاص لسيده سواء كان له وارث
او لم يكن لانه مات رقيقا لعدم تركه وفاء فتعين الحق لسيده وكذا اي يكون القصاص
للسيد ايضا ان كان وفاء ولا وارث غير سيده عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد
قال لا يجب القصاص لان سبب الاستحقاق القصاص هنا قد اختلف سواء مات حرا ومات
لانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا فاشتبه الحال فلا يستحق لان اختلاف
السبب كاختلاف المستحق فيسقط اصلا فصار كما لو قال بعتني هذه الجارية بكذا
وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطئها لاختلاف السبب ولهما ان المولى هو المستحق
للقصاص على التقديرين بيقين وهو معلوم والحكم ايضا متحد معلوم فلا يفضي
اختلاف السبب الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يضر مجرد اختلاف السبب
لان السبب لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وقد حصل بخلاف المستشهد به لاختلاف
حكم السببين فيه فلا يدرى بايهما يحكم ولا قصاص الا بالسيف وقال الشافعي
يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا كما اذا قطع يد انسان عمدا فمات منه يقطع
يد القاتل ويمهل مثل تلك المدة فان مات فيها والا فيحز رقبته وان حصل القتل
بطريق غير مشروع بان سقاه خمرا حتى قتله او وطئ صغيرة او لاط بصبي فمات
من ذلك اختلف اصحاب الشافعي فيه فقال بعضهم يحز رقبته ولا يفعل به مثل
ما فعل لانه مشروع بخلاف القتل بالحجر والسيف فانه مشروع الا ترى ان الرجم
مشروع وهو بالحجر وكذا قتل الحربي مشروع وهو بالسيف ونحوه وقال بعضهم
يتخذ له مثل آلته من الخشب في اللواطة ويفعل به مثل ما فعل ويوجر في حلقه في سقي
الخمر ويمهل قدر تلك المدة فان مات فيها والا تحز رقبته لانه امكن المماثلة بهذا
الطريق ولنا ما رواه الثوري مرفوعا انه صلى الله عليه وسلم قال لا قود الا بالسيف

بالسيف والمراد به الاستيفاء به لا وجوب القصاص بالقتل بالسيف لانه يجب بالقتل
بغير السيف ايضا كالنار اجماعا فدل ذلك على ان الاستيفاء لا يجوز بغيره ولانه
قتل واجب فيستوفى بالسيف كقتل المرتد وهذا لان القتل المستحق لا يستوفى
الا بما لا يتخلف عنه الموت وهو القتل بالسيف ولابي المعتوه اذ يقتص من قاطع
يده وقاتل قريبه يعني اذا قطع رجل يد المعتوه عمدا او قتل قريبه كولده فاب
المعتوه يقتص من جانب المعتوه من القاطع والقاتل لان لابيه ولاية على نفس المعتوه
فيليهما كالانكاح بخلاف الاخ وامثاله حيث لا يكون لهم ولاية استيفاء القصاص
الذي وجب للمعتوه لان الاب لوفور شفقته جعل التشفي الحاصل له كالحاصل
للابن ولهذا يعد ضرر ولده ضررا على نفسه بخلاف الاخ والعم وان يصالح
لانه انفع للمعتوه من القصاص فلما ملك القصاص فلان يملك الصلح بطريق الاولى
لكن هذا اذا صالح على قدر الدية او اكثر منها وان صالح على اقل منه لا يصح وتجب الدية
كاملة كذا في الزيلعي لا ان يعفو اي ليس لاب المعتوه ان يعفو من القصاص لانه ابطال
لحق المعتوه بلا عوض ولا مصلحة فلا يجوز والصبي كالمعتوه فيما ذكر من ان
لابيه القصاص والصلح بمقدار الدية لا الاقل منها ولا العفو والقاضي كالاب في
الاحكام المذكورة الا ترى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته
فيه هو الصحيح كذا في الزيلعي احترز به عما روي عن محمد في بعض الروايات ان
القاضي لا يستوفي القصاص للصغير لا في النفس ولا فيما دونها ولا ان يصالح
كذا في قاضيخان وقال في الحاوي القدسي ومن قتل مسلما لا ولي له او حربيا
دخل دارنا فاسلم ان كان القتل خطأ فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة
وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية وليس له ان يعفو
وكذا الوصي اي مثل الاب في جواز الصلح عن النفس وعن الطرف وفي
استيفاء القصاص في الطرف على ما يدل عليه قوله الا انه لا يقتص في النفس
فان تخصيص الاستثناء بالاقتصاص في النفس دليل على ما ذكرناه من جواز

الصلح عن النفس وعن الطرف وهكذا ذكره في الزيلعي ايضا ثم ذكر نقلا عن
كتاب الصلح ان الوصي لا يملك الصلح في النفس لان الصلح فيها بمنزلة الاستيفاء
والمذكور في الجامع الصغير ان له ذلك لان المقصود من الصلح المال والوصي
يتولى التصرف فيه كما يتولى الاب بخلاف القصاص لان المقصود الحقيقي منه التشفي
وهو مختص بالاب وهل للوصي العفو قالوا لا لانه الاب اذا لم يملك العفو
لما فيه من ابطال الحق فالوصي اولى منه بعدمه ومن قتل على صيغة المجهول
وله اولياء في اطلاقه اشارة الى ان القصاص يورث كل وارث حتى الزوجين
كما هو عندنا وفي الزوجين خلاف الشافعي على ما سنبينه ان شاء الله تعالى
كبار وصغار فللكبار الاقتصاص من قاتله قبل كبر الصغار عند ابي ح خلافا
لهما وكذا الشافعي قالوا ليس للكبار الاقتصاص من القاتل حتى يبلغ الصغار
لانه مشترك بينهم لان الكبار لا ولاية لهم على الصغار حتى يستوفوا حقهم
ولا يمكن استيفاء البعض لعدم قبول القصاص التجزي ولا الكل لعدم الولاية عليهم
وفيه ابطال حقهم بغير عوض يحصل لهم فتعين التاخير الى ادراكهم كما اذا
كان معهم كبير غائب فانه يتاخر الى حضور الغائب ولابي ح ان قاتل علي رضي الله
عنه اقتص وقد كان في اولاده علي صغار فلم ينتظر بلوغهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة
رضي الله عنهم من غير نكير منهم فحل محل الاجماع ثم هذا اذا لم يكن الكبير اجنبيا
من الصغير وان كان اجنبيا منه فلا يملك الكبير الاقتصاص قبل بلوغ الصغير
بالاجماع كما في الزيلعي وذلك بان قتل عبد مشترك بين اجنبيين صغير وكبير
فانه ليس للكبير الاقتصاص قبل بلوغ المولى الصغير كما في القهستاني وفي الزيلعي
وفي القهستاني ايضا ان الكبير ان كان ابا او جدا يقتص قبل بلوغ الصغير بالاجماع
وان كان الكبير وليا للصغير بالقرابة فقط لا بالتصرف في ماله كالاخ والعم فعلى
الخلاف بينه وبين صاحبيه فعلم منه ان محل الخلاف غير الاب والجد ولو غاب احد
الكبار اي لو كان اولياء القتيل كبارا وغاب احدهم ينتظر الغائب اجماعا يعني ليس

ليس للحاضر ان يقتص حتى يحضر الغائب لاحتمال العفو من الغائب لكونه اهلا للعفو
بخلاف الصغير فان احتمال العفو منه غير محتمل لعدم اهليته له في الحال وشبهة
عفوهم بعد البلوغ لا يمنع الاستيفاء لان حق الكبير ثابت الآن بيقين فلا يبطل
بالشبهة وليس لاولياء القتيل ولا لاحدهم ان يوكل لاستيفاء القصاص كذا في قاضيخان
ومن قتل عبد رجل فولاية استيفاء القصاص الى المولى ولو كان العبد لرجلين
او ثلاثة فولاية الاستيفاء لهم جميعا لا ينفرد احدهم فان عفى احدهم ينقلب
حق الاولياء الى القيمة كما ينقلب في حق الحر الى الدية ومن قتل بحديدة المر
بفتح الميم وتشديد الراء وهو خشبة طويلة في راسها حديدة عريضة من فوقها
يضع الرجل رجله عليها ويحفر بها الارض وبالفارسية يسمى بيل اقتص منه ان جرحه
بلا خلاف وان بظهره او عصاه فلا يقتص وعليه اي على القاتل بظهره او عصاه الدية
عند ابي ح وعندهما يقتص وهو رواية عن ابي ح ايضا وهذا لان الحديد من آلة القتل
فيقتص وكذا الخلاف في كل مثقل ذكر في الاصل اذا ضربه بحديد لا حد له كسنج الميزان
والعمود يجب القصاص وان لم يجرح وروى الطحاوي عن ابي ح لا يجب القصاص اذا لم
يجرح كما لو ضربه بعصا الكبير او بحجر مدور ولم يجرح فانه لم يجب القصاص في قول
ابي ح كذا في قاضيخان وفي التغريق في الماء والخنق عند ابي ح لا يقتص بهما وعندهما
يقتص قال في قاضيخان ولو القاه في الماء فغرق من ساعته لا قصاص فيه في قول ابي ح
وقالا يجب القصاص اذا كان لا يتخلص منه غالبا وكذا لو القاه من جبل او سطح فهو
على الخلاف وفي المجرد لو قمط رجلا والقاه في البحر وغرق كما القاه يجب الدية في قول
ابي ح ولو سبح ساعة ثم غرق لا يجب فيه شئ لانه غرق بعجزه وفي الاول غرق
بطرحه في الماء ولو خنق رجلا لا يقتل الا اذا كان الرجل خناقا معروفا بالخنق غير
واحد فيقتل سياسة ولو سقاه سما حتى مات فهو على وجهين ان دفع اليه السم
حتى اكل ولم يعلم به فمات لا قصاص فيه ولا دية ويحبس ويعزر ولو اوجره ايجارا
تجب الدية على عاقلته وان دفع اليه في شربة فشربه ومات لا تجب الدية لانه شرب

مطلب لا قصاص في التغريق والخنق

مطلب سقي السم هل تجب عليه الدية

باختياره الا ان الدافع خدعه فلا يجب فيه الا التعزير والاستغفار وان تكرر منه

التعزيق والخنق قتل به اجماعا اى سياسة لا قصاصا كذا فى قاضيخان ولا قصاص

فى القتل بموالات ضرب السوط اذا والى الضربات بالسوط الصغير والعصا

الصغيرة لا يجب به القصاص عندنا وقال الشافعي يجب القصاص اذا والى الضربات

لان الموالات فى الضربات الى ان يموت دليل العمد به فيتحقق الموجب ولنا انه لا يصلح

دلالة القصد الى القتل لانه قد يشرع حدا وتعزيرا فى مواضع لا يكون القتل فيها

مشروعا فلو كان ذلك دلالة القصد لم يشرع فى موضع لا يكون القتل مشروعا ولان

احتمال القتل بالضربة الاولى والثانية قائم لانه من الجائز ان يصيب الى المقتل

نافضى الحفوات الحياة فلا يدل على صفة العمدية لان الضربة والضربتين

قد يراد بهما التاديب لا القتل ويحتمل ان القتل حصل بالموالات بكل الضربات

فيكون القتل بصفة العمدية فتمكن هذا الاحتمال يوجب تمكن الخلل فى العمدية فلا

يجب القصاص للشبهة ولنا ايضا ما روى الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط

والعصا فانه لم يفصل بين الموالات وغيرها ولان الغالب هو القتل بالموالات

فيحمل الحديث عليه ومن جرح بصيغة المجهول فلم يزل ذا فراش حتى مات اقتص

من جارحه لوجود السبب وهو الجرح لانه سبب ظاهر لموته فيحال الموت عليه حتى

لو اختلف ولى القتيل مع الجارح فقال الجارح انه مات بسبب اخر وقال الولى انه

مات من تلك الجراحة يكون القول قول الولى لانه متمسك بالاصل وهو اضافة الحكم

الى العلة الظاهرة الحاصلة لا اضافته اليها قال فى قاضيخان رجل قال ضربت فلانا

بالسيف عمدا ولا ادرى انه مات منها ولكنه مات فقال ولى القتيل بل مات من ضربك

فانه لا يقتل به وان قال القاتل مات منها ومن حية نهشته او من رجل آخر ضربه

بالعصا فقال الولى بل مات من ضربك كان القول قول الضارب وعليه نصف الدية

رجل ضرب سن انسان فتحرك فاجله القاضى سنة فجاء فى السنة وقد سقط

سنه فقال المضروب سقط من ضربك وقال الضارب من ضرب رجل آخر كان القول

مطلب حكم الموت بسبب جرح

القول قول المضروب وان جاء بعد السنة كان القول قول الضارب واذا التقا

الصفان من المسلمين واهل الحرب فقتل مسلم مسلما ظنه حربيا فعليه الدية

والكفارة لا القصاص اما الدية فلقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ الآية فان هذا احد

نوعى الخطأ على ما تقدم ولان سيوف المسلمين توالت فى غزوة الخندق فى بعض

الليالى على اليمان ابى حذيفة فقتلوه على ظن انه مشرك فقضى رسول الله صلى

الله عليه وسلم بالدية على القاتلين فوهبها لهم حذيفة واما الكفارة فلما تقدم

ايضا من ان موجب الخطأ بنوعيه الدية والكفارة لا القصاص قالوا انما تجب الدية

اذا كانوا مختلطين فان كان المقتول فى صف المشركين لا تجب الدية لسقوط

عصمته بتكثير سوادهم قال صلى الله عليه وسلم من كثر سواد قوم فهو منهم ومن

مات بفعل نفسه وبفعل زيد وحية واسد فعلى زيد ثلث ديته لان فعل

الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا مطلقا وفعله بنفسه جنس آخر لكونه

هدرا فى الدنيا معتبرا فى الاخرة حتى يأثم به وفعل زيد جنس آخر لكونه معتبرا فى

الدنيا والاخرة فصارت ثلاثة اجناس ولم يعتبر الا جنس واحد وهو فعل زيد

فيجب عليه ثلث الدية فان كان عمدا ففى ماله وان كان خطأ فعلى عاقلته فى ثلاث

سنين ومن شهر قال فى المصباح شهر الرجل سيفه شهرا من باب نفع سله

وشهرته بالتشديد مبالغة انتهى على المسلمين حقيقة او حكما فيشمل الذمى

ايضا سيفا وجب قتله اى وجب دفع ضرره كذا فى الهداية ولا شىء عليه بقتله

وانما ذكر هذا بعد قوله وجب قتله لجواز ان يجب قتله لدفع الشر ويجب بقتله شىء

كما فى الجمل الصائل والمجنون والصبى كما سيأتى والاصل فى هذا قوله صلى الله عليه

وسلم من شهر على المسلمين سيفا فقد اطل دمه اى اهدره ولا فى قتل من شهر

على آخر سلاحا سيفا او غيره ليلا او نهارا فى مصر وغيره اى خارج المصر او شهر

عليه اى على الرجل عصا ليلا فى مصر او نهارا فى غيره فقتله اى الشاهر المشهور عليه

اى لا شىء عليه من القصاص والدية لما روينا ولانه صار باغيا عليه فاهدر دمه ببغيه ولا على

مطلب حكم من مات بفعل نفسه وبفعل زيد وحية واسد

مطلب حكم من سل سيفه على المسلمين

من قتل من سرق متاعه ليلا واخرجه اى لا شئ عليه بقتله اذا لم يمكنه الاسترداد بدون
القتل لقوله عليه الصلوة والسلام قاتل دون مالك بخلاف ما اذا امكنه الاسترداد بدون
القتل بالصياح مثلا فانه لا يحل له قتله ولو قتله فعليه القصاص على ما فى شرح المجمع وقال
فى قاضيخان رجل رأى رجلا يزنى بامرأته وهو محصن فصاح به ولم يهرب ولم يمتنع عن
الزنى جاز له قتله فان قتله لا قصاص عليه وكذلك اذا راى رجلا يسرق ماله فصاح به ولم
يهرب او راى رجلا ينقب حائطه او حائط غيره وهو معروف بالسرقة فصاح به
ولم يهرب حل قتله ولا قصاص عليه ويجب القصاص على قاتل من شهر عصا نهارا فى
مصر او شهر سيفا وضرب به ولم يقتل ورجع الشاهر عن الشهر والضرب وهذا
لانه لما شهر حل دمه دفعا لشره ولما ضرب به ولم يقتل وكف عنه اندفع شره وعادت
عصمته فاذا قتله فقد قتل شخصا معصوما من غير دفع فيلزم القصاص على قاتله واما
فى المسئلة الاولى فلان العصا يلبث والغوث غير منقطع فى المصر فكان المشهور عليه
بالقتل متعديا فيقتل قيل هذا عند ابى ح لانه عنده كالسلاح واما عندهما لا قصاص
عليه لانه قتله دفعا لشره مضطرا اليه فصار كما لو قصد قتله بالسيف نهارا او بالعصا
ليلا او فى المفازة ليلا او نهارا ولو شهر مجنون او صبى على اخر سيفا فقتله الاخر
عمدا فعليه الدية لان فعل المجنون والصبى غير متصف بالحرمة فلم يقع بغيا فلا يسقط
العصمة به لعدم الاختيار الصحيح منهما ولهذا لا يجب القصاص عليهما بقتلهما انسانا
فاذا لم يسقط عصمتهما كانت قضيتها ان يجب القصاص على قاتلهما لانه قتل نفسا
معصوما الا انه سقط القصاص لوجود المبيح وهو دفع شرهما فتجب الدية فى ماله
اى لا على العاقلة لانه ليس بخطأ وعن ابى يوسف لا تجب الدية فى قتلهما لان فعلهما معتبر
فى الجملة ولهذا اذا اتلفا مالا او نفسا وجب عليهما الضمان فاذا اعتبر فعلهما
فقد سقط عصمتهما بالشهر ولو قتل جملا صال عليه اى هجم عليه ضمن قيمته لان فعل
الجمل غير متصف بالحرمة فلم يقع بغيا فلا يسقط عصمته به لعدم الاختيار الصحيح فيضمن
قاتله قيمته وفيه خلاف الشافعى حيث قال لا ضمان فيه ولا دية فى المجنون والصبى

مطلب حكم من قتل مجنونا او صبيا سل سيفا عليه

مطلب حكم من قتل جملا هجم عليه

باب

باب القصاص فيما دون النفس

هو اى وجوب القصاص فيما دون النفس فيما
يمكن حفظ المماثلة لقوله تع والجروح قصاص اى ذو قصاص ولقوله تع السن بالسن
فانه ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن فيه المماثلة يجب القصاص فيه والا فلا اذا كان الجرح
عمدا اذ لا قصاص فى الخطأ مطلقا فيقتص شروع فى بيان ما يقتص مما يمكن فيه حفظ
المماثلة بقطع اليد من المفصل لامكان المماثلة فيه حتى اذا قطع من نصف الساعد
لم يقتص لامتناع حفظ المماثلة فيه وان وصلية كانت يد القاطع اكبر من يد المقطوع
لان منفعة اليد وهو البطش لا يختلف بكبرها وصغرها وكذا الرجل فانها اذا
قطعت من المفصل يقتص بقطع رجل القاطع من المفصل ايضا لامكان المماثلة
فيه حتى لو قطع من نصف الساق لم يقتص لامتناع المماثلة فيه وكبر الرجل وصغرها
غير معتبر ايضا وفى مارن الانف فانه اذا قطع عمدا يقتص بقطع مارن القاطع
ايضا لامكان المماثلة فيه حتى لو قطع من قصبة الانف لم يقتص لامتناع حفظ المماثلة
فيه وفى الاذن فانه اذا قطع عمدا يقتص لامكان المماثلة وفى العين ان ذهب
ضوءها وهى اى العين قائمة فانها اذا ذهب ضوءها قصدا يقتص لامكان المماثلة
فيه لا يقتص ان قلعت العين لامتناع حفظ المماثلة فيه ثم بين طريق القصاص
فى ذهاب ضوءها بقوله فيجعل على الوجه قطن رطب اى على وجه الضارب وتقابل
العين اى عين الضارب بمرآة محماة فان ضوءها ايضا يزول وقد وقعت هذه الحادثة
فى زمن عثمان رضى الله عنه فشاور الصحابة رضى الله عنهم فقضى على رضى الله عنه
بهذه الطريقة ولم ينكر احد من الصحابة فكان اجماعا وطريق معرفة ذهاب
الضوء من الضارب والمضروب المشاهدة او قول الاطباء وفى كل شجة تراعى المماثلة
فى القدر كالموضحة وهى التى توضح العظم وفى عمدها قصاص على ما سيأتى ولا قصاص
فى عظم سوى السن لقول عمر وابن مسعود رضى الله عنهما لا قصاص فى عظم الا السن
ولان القصاص ينبئ عن المماثلة وقد تعذر اعتبارها فى غير السن بخلاف السن
فان اعتبار المماثلة فيه ممكن سواء قلع او كسر فاشار الى تفسير المماثلة بقوله فيقلع

سن الضارب ان قلع سن المضروب وفي الكفاية يؤخذ الثنية بالثنية والناب
بالناب والضرس بالضرس والاعلى بالاعلى والاسفل بالاسفل لما في خلاف ذلك من الاخلال
بالمماثلة ويبرد اي سن الضارب بالمبرد بقدر ما كسر من سن المضروب ان كسر من
سن المضروب قال في النهاية والكفاية ان قلع سن المضروب لا يقلع سن الضارب
قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه فربما تفسد لثاته ولكن يبرد بالمبرد الى موضع
اصل السن هكذا ذكره في الزيلعي ايضا ولا بين طرفي ذكر انثى وطرفي حر وعبد او
طرفي عبدين لان مبنى القصاص على المساواة كما عرفت ولا مساواة بين طرفي الرجل
والمرأة لان يد المرأة تصلح لنوع من المنافع لا تصلح له يد الرجل فصارت كاليمين
واليسار وكذلك لا يجري القصاص بين طرفي الحر والعبد للتفاوت في الارش لان
وجوب القصاص في الاطراف يعتبر فيه التساوي في الارش بدلالة ان الصحيح لا يقطع بالاشل
ولا الكامل الاصابع بالناقص الاصابع لاختلاف الارش فاذا اختلفا في الارش لا يجري
فيهما القصاص بل يجب الارش وكذلك لا يجري القصاص بين طرفي عبدين لان العبيد
يختلف في القيمة ووجوب القصاص في الاطراف يعتبر على التساوي في القيمة ولو وجد
التساوي في القيمة ولو وجد فيعلم بالحزر والتخمين والمماثلة الثابتة شرعا لا يثبت
بالحزر والظن كالمماثلة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها بخلاف طرفي الحرين
لان استوائهما متيقن به بتقويم الشارع وبخلاف الانفس لان القصاص فيها
يتعلق بازهاق الروح ولا تفاوت فيها هذا عندنا وقال الشافعي يجب القصاص في جميع ذلك
الا في الحر بقطع طرف العبد لان الاطراف تابعة للنفس وشرع القصاص فيها للالحاق
بالنفس ففي كل موضع يجري القصاص في النفس يجري في الطرف ايضا ولا في قطع في
نصف الساعد لتعذر اعتبار المماثلة فيه لان العظم لا ينكسر من الموضع الذي يراد
كسره ولا في جائفة وهي التي تصل الى البطن من البطن او الصدر برأت لتعذر اعتبار
المماثلة فيها ايضا لان البرء في الجائفة نادر فلا يمكن ان يجرح الثاني جائفة على
وجه يبرأ منه مثل الاولى فتكون الجائفة الثانية اهلاكا له فلا يجوز ولا في اللسان

في اللسان ولا في الذكر لانهما ينقبضان وينبسطان فلا يمكن اعتبار المماثلة فيهما
الا ان قطعت الحشفة فقط فيقتص لان موضع القطع معلوم فصار كالمفصل
فامكن اعتبار المماثلة وعن ابي يوسف انه اذا قطع الذكر واللسان من اصلهما
يقتص لان موضع القطع معلوم قلنا ممنوع لانقباضهما وانبساطهما
وطرفا المسلم والذمي سواء فيجري القصاص بينهما للتساوي في الارش
وخير المجني عليه بين القصاص واخذ الارش لو كانت يد القاطع شلاء او
ناقصة الاصابع لان استيفاء حقه بكماله متعذر فيتخير بين ان يتجوز
دون حقه في القطع لان حقه في اليد الصحيحة والكاملة الاصابع وبين ان ياخذ
الارش كاملا كمن اتلف مثليا لانسان فانقطع عن ايدي الناس ولو سبق
منه الارديا فانه مخير بين ان ياخذ الموجود ناقصا وبين ان يعدل الى القيمة
ثم اذا استوفى القصاص سقط حقه في الزيادة ولو سقطت يده المعيبة قبل
اختيار المجني عليه بطل حقه ولا شيء له عليه لان حقه متعين في القصاص عندنا لما مر
ان موجب العمد القود عينا وحقه ثابت فيه قبل اختياره المال فاذا فات المحل
بطل الحق بخلاف ما اذا قطعت يده بقود او سرقة حيث يجب عليه ارش اليد
في الموضعين لانه اوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى او راس
الشاج اصغر من راس المشجوج يعني مخيرا ايضا بين القصاص واخذ الارش لتعذر
الاستيفاء كملا لما فيه من زيادة الشان للمشجوج او اكبر من راس المشجوج
ثم فسر الاكبرية بقوله لا يستوعب الشجة ما بين قرنيه اي قرني الشاج اي جانبي
راسه وقد استوعبت الشجة ما بين قرني المشجوج وهذا لان الشجة انما كانت
موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفاء ما بين قرني الشاج
زيادة على ما فعل لان ما بين قرنيه اكبر مما بين قرني المشجوج وباستيفاء قدر حقه
لا يلحقه من الشين مثل ما يلحق المشجوج فيخير بينهما كما في الشلاء والصحيحة
ثم اذا اختار القود يبدأ من اي الجانبين شاء لان حقه في ذلك المحل فكان له ان يفعل

فصل ويسقط القصاص بموت القاتل لفوات المحل لان موجب العمد عندنا هو القصاص
عينا على ما تقدم فاذا مات القاتل فات المحل وسقط الحق خلافا للشافعي فانه
يقول يجب الدية في ماله بناء على ان موجب العمد عنده القصاص والدية فاذا فات
احدهما ثبت الاخر وقد تقدم الجواب عنه وبعفو الاولياء لانه حق ثابت فيجري
فيه العفو وبصلحهم على مال وان وصلية قل المال لقوله تعالى فمن عفي له من
اخيه شيء فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان قال ابن عباس انها نزلت في الصلح
ويجب المال المصالح عليه حالا اي لم يشترط التاجيل ولا التعجيل لانه دين واجب
بعقد الصلح والاصل فيما وجب بالعقد الحال كالثمن والمهر بخلاف الدية لانها لم
يجب بالعقد بل وجبت بالقتل ابتداء فوجبت مؤجلة ابتداء بتاجيل الشارع
الى ثلاث سنين ويستوي في بدل الصلح القليل والكثير على ما اشار اليه بقوله
وان قل لانه ليس في الصلح نص مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كبدل الخلع والكتابة
والعتق على مال بخلاف الدية فانها مقدرة بتقدير الشارع فلا تجوز الزيادة والنقصان
فيها وبصلح بعضهم او عفوه اي يسقط القصاص بصلح بعض الاولياء من نصيبه
او عفو بعضهم من نصيبه لعدم تجزي القصاص ثبوتا وسقوطا ولمن بقي من الاولياء
حصته من الدية في ثلاث سنين لانه لما سقط حقهم في القصاص ضرورة عدم التجزي
انقلب نصيبهم اي نصيب من لم يعف الى المال حتى لو قتله غير العافي جاهلا بعفو
العافي فعليه الدية عندنا لانه قتل معصوما خطأ بخلاف لو قتل رجل رجلين فعفى
اولياء احدهما دون الاخر حيث يكون لاولياء الاخر قتله لان الواجب فيه قصاصان
لاختلاف القتل والمقتول فبسقوط احدهما لا يسقط الاخر فلا يلزم فيه تجزي القصاص
كما لزم فيما نحن فيه واعلم ان كلا من القصاص والدية يجري فيه الارث لكل وارث ذكرا
او انثى حتى الزوجين واليه اشار المص باطلاق الولي وقال مالك والشافعي لا حق
للزوجين في القصاص ولا في الدية لان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه
بالموت ولنا قوله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا او حقا فلورثته ومن ترك كلا فعلي

فعلي وورثته والقصاص حقه فيكون لجميعهم كالمال وقد امر النبي صلى الله عليه وسلم بتوريث
امراة اشيم الضبابي من دية زوجها اشيم ولانا القصاص حق يجري فيه الارث حتى ان
من قتل وله ابنان فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وبين ابن الابن
فيثبت لجميع الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في الارث وعن علي انه يقسم
الدية على فرائض الميراث فيثبت ان الارث جار فيهما بين جميع الورثة وقالوا ان
الدية حكمها حكم سائر الاموال حتى يقضي ديون المقتول بالدية وتنفذ وصاياه
من ديته كذا في الزيلعي على القاتل وهو الصحيح لانه عمد سقط فيه القصاص بشبهة
عدم التجزي فيلزم من مال القاتل وليس بخطأ حتى يلزم على العاقلة وقيل على
العاقلة ولو قتل حر وعبد شخصا فامر الحر وسيد العبد رجلا بالصلح عن دمهما
اي دم الحر والعبد بالف فصالح ذلك الرجل اي الوكيل بالصلح فهي اي الالف نصفان
بين الحر وسيد العبد لان الصلح وقع عن القصاص والحر والعبد مستويان في
وجوب القصاص عليهما فيستويان ايضا في بدل القصاص فيجب على كل واحد
من الحر والسيد نصف الالف ويقتل الجمع اي الجمع الذي ليس فيهم ما لم يجب
القصاص عليه حتى لو قتل جماعة رجلا وفيهم ابو المقتول او مجنون
او صغير لا يقتل الجمع كما في قاضيخان وغيره بالفرد يعني اذا قتل جماعة واحدا عمدا
اقتص كل واحد منهم استحسانا والقياس انه لا يقتل الجماعة بالواحد لان القصاص
ينبئ عن المساواة ولا مساواة بين الواحد والجماعة ووجه الاستحسان ما روي عن
عمر رضي الله عنه انه قتل نفرا من اهل صنعاء خمسة او سبعة برجل قتلوه وقال
لو تمالا عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص
شرع لحكمة الزجر فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد به فيجري القصاص عليهم جميعا
تحقيقا لمعنى الاحياء ولولا ذلك لسد باب القصاص عليهم وفتح باب التفاني اذ لا يوجد
القتل من واحد غالبا لانه يقاومه الواحد فلم يقدر عليه فلم يحصل الا نادرا والزجر
يشرع فيما يغلب لا فيما يندر ولان زهوق الروح لا يتجزى واشتراك الجماعة فيما

مطلب
يقتل الجمع بفرد

لا يتجزى يوجب التكامل في حق كل واحد منهم فيضاف الى كل واحد منهم كملا كانه ليس
معه غيره كذا في الزيلعي فاذا اضيف الى كل واحد منهم كملا فاذا عفى اولياء المقتول
واحدا منهم لا يسقط القصاص من الباقين بل لهم ان يقتصوا كما في قاضيخان حيث
قال ولو قتل رجلان رجلا عمدا فعفى الولي عن احدهما كان له ان يقتل الاخر وكذا لو
قتل رجل رجلين فعفى احد ولي المقتولين فلولي الاخر ان يقتله انتهى وا الفرد بالجمع
اي اذا قتل رجل عمدا جماعة يقتل الرجل بالجماعة اكتفاء اي يكتفي بقتله ولا شيء لاولياء
المقتولين غير ذلك من الدية ان حضر اولياؤهم اي يقتل الفرد بالجمع ان حضر اولياؤهم
عند القتل اكتفاء وفيه خلاف الشافعي فانه قال يقتل بالاول منهما ان قتلهم على
التعاقب وقضى بالدية ممن بعده في تركة القاتل لان العاقلة لا يعقل العمد وان قتلهم
دفعة واحدة يقرع بينهم ويقضى بالقود لمن خرجت له القرعة وبالدية للباقين
وفي قول عنه انه يقتل لهم جميعا وتقسم الديات بينهم لان الموجود قتلات وما
تحقق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول ايضا الا انا تركناه بما
ذكرناه ورويناه ولنا ان كل واحد من اولياء المقتولين قاتل للقاتل بوصف الكمال
فحصل التماثل في قتل الواحد بالجماعة الا ترى ان الواجب في الفصل الاول القصاص
ولولا ان التماثل ثابت ما وجب القصاص وهذا لان المثل اسم مشترك فمن ضرورة كون
الشيء مثلا للاخر ان يكون الاخر مثلا له ايضا فوجوب القصاص فيه دليل على انه مثل
له اذ القصاص لا يجب في كل موضع يتعذر فيه اعتبار المماثلة كما تقدم وان حضر واحد
من اولياءهم قتل القاتل له اي للحاضر وسقط حق البقية لفوات المحل بالقتل
كما اذا مات القاتل حتف انفه سقط القصاص لفوات المحل وفيه ايضا خلاف الشافعي
قال تجب الدية للباقين في ماله بناء على ان الاصل عنده ان الواجب في قتل العمد القصاص
او الدية واما عندنا فالقصاص عينا على ما تقدم ولا تقطع يدان بيد يعني اذا قطع رجلان
يد رجل واحد عمدا لا قصاص على واحد منهما وان وصلية امرا من الامرار سكينا واحدا
فقطعا معا بل يضمنان ديتها اي دية اليد المقطوعة لان التلف حصل بفعلهما فيجب

مطلب لا يقطع الكل بالبعض ولا الاثنين بالواحد

فيجب عليهما نصف الدية على كل منهما ربع الدية من مالهما اشار بان الوصلية وبقوله
سكينا الى انهما لو قطعا يد رجل سكينين بان اخذ كل منهما سكينا او امر احدهما
من جانب والاخر من جانب اخر لا يقطع يدهما ايضا وهذا بالاتفاق وفي الاول خلاف
الشافعي فانه قال اذا اخذا سكينا واحدا من جانب وامراها على يد رجل حتى
انقطعت يده يقطع يدهما اعتبارا بالنفس فان الاطراف تابعة للنفس وملحقة
بها واخذت حكمها فكما يقتص الرجلان بقتل رجل فكذلك يقتص يدان بيد بخلاف
ما اذا امر احدهما السكين من جانب والاخر من جانب اخر حتى التقا السكينان
في الوسط وانقطعت اليد لا يجب القصاص فيهم على واحد منهما لانه لم يوجد
كل واحد منهما امرار السلاح الا على بعض العضو ولنا في الخلافية ان كل واحد
منهما قطع البعض لان ما انقطع بقوة احدهما لم ينقطع بقوة الاخر فلا يجوز
ان يقطع الكل بالبعض والاثنين بالواحد لانعدام المساواة فصار كما اذا امر كل
واحد منهما من جانب آخر بخلاف النفس فان الشرط فيها المساواة في العصمة لا غير
وفي الطرف يعتبر المساواة في النفع والقيمة ولهذا لا يقطع الصحيحة بالشلاء والنفس
السالمة عن العيوب يقتل المفلوج والمشلول فكذا الاثنان بالواحد فلا يصح القياس
على النفس فان قطع رجل واحد يمنى رجلين فلهما قطع يمينه اي يمين القاطع
سواء كان قطعهما او متعاقبا على ما في الزيلعي فقيد بيمنى رجلين لانه
لو قطع يمين رجل ويسار اخر قطع يداه بهما وكذا اذا قطعها الواحد ودية
اي ولهما اخذ الدية اي نصف دية النفس فيقسمان ذلك النصف بينهما لكل
منهما ربع وان حضرا معا وقال الشافعي ان قطعهما على التعاقب يقطع للاول
منهما ويغرم ارش اليد للثاني لان يده صارت مستحقة له قصاصا فمنع
استحقاقها للثاني بالقطع فصار كما اذا رهن شيئا من انسان ثم رهنه من
اخر بعد التسليم الى الاول وان قطعهما دفعة واحدة يقرع بينهما ويكون
القصاص لمن خرجت له قرعته وللاخر الارش لان اليد الواحدة لا تفي بالحقين

وليس احدهما باولى من الاخر فوجب المصير الى القرعة ولنا ان المساواة في سبب
الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق ولا معتبر بالتقدم والتاخر كالغريمين
في التركة وهذا لان حق كل واحد منهما ثابت في اليد لتقرر السبب في حق كل
واحد منهما وهو القطع وكونه مشغولا بحق الاول لا يمنع تقرر السبب في حق الثاني
ولهذا لو كان القاطع لهما عبدا استويا في استحقاق رقبته ولو كان يمنع
بالاول لما شاركه الثاني بخلاف الرهن به استيفاء حكما فلا يثبت للثاني
بعد ما ثبت للاول كالاستيفاء حقيقة فاذا لم يمنع الاول ثبوت حق الثاني
فيها استويا فيها فيقطع لهما ان احضرا معا لعدم الاولوية ويقضى لهما بنصف
الدية فيقسمانه نصفين لاستوائهما وان حضر احدهما وقطع له يد القاطع
فللاخر الدية اي دية اليد الواحدة لان للحاضر ان يستوفي حقه فلا يجب عليه التاخير
الى ان يحضر الاخر لثبوت حقه في القصاص بيقين وحق الاخر متردد لاحتمال انه لا يطلب
او يعفو مجانا او صلحا فصار كاحد الشفيعين اذا حضر والاخر غائب حيث يقضى له
بالشفعة في الكل لما قلنا ثم اذا حضر الاخر بعد ما قطعت يده للحاضر فطلب لا يقضى له
بالدية لعدم المحل للقصاص له لفواته بالقصاص للاول وصح اقرار العبد بقتل العمد
ويقتص به اي في الحال وكذا يصح اقراره بحد فيحد به في الحال وقد تقدم في كتاب
الحجر وقال زفر لا يصح اقراره بذلك لانه يؤدي الى ابطال حق المولى فصار كالاقرار
بالقتل خطأ او بالمال اي في عدم الصحة ولنا ان العبد غير متهم في مثله لكونه يلحقه
الضرر به فيصح منه ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم عملا بالادمية
الا ترى ان اقرار المولى عليه بالحدود والقصاص لا يصح فاذا صح اقراره بقتل العمد لزم
منه بطلان حق المولى ضرورة وضمنا وذلك لا يضر وكم من شيء يصح ضمنا ولا
يصح قصدا بخلاف الاقرار بالمال لانه اقرار على المولى بابطال حقه قصدا لان موجبه
بيع العبد في الاستسعاء وكذا اقراره بالقتل خطأ لان موجبه دفع العبد الى ولي المقتول
او الفداء على المولى ولا يجب على العبد شيء فلا يصح سواء كان العبد محجورا عليه

عليه او ماذونا له في التجارة ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم من ذلك الرجل
الى رجل اخر فماتا اقتص الرامي للاول لانه قتله عمدا وعلى عاقلته اي عاقلة القاتل
الدية للثاني لانه اخطأ في الفعل كانه رمى غرضا فاصاب ادميا ورميه وان كان
شيئا واحدا الا ان المحلين مختلفان فينزل الفعل الواحد منزلة الفعلين المختلفين
لتعدد الاثر فينفرد كل واحد منهما بحكم **فصل** ومن قطع يد رجل ثم قتله
اخذ الجاني بهما اي بموجبي القطع والقتل مطلقا اي سواء كان القطع والقتل
عمدين او خطائين او احدهما عمدا والاخر خطأ ففي الصور الاربع اخذ بموجبهما
ان تخللهما اي تخلل بينهما برء لان البرء بينهما قاطع للسراية فلا يمكن الجمع بينهما
فيعطى لكل فعل حكمه ففي العمدين يجب القطع والقتل معا وفي الخطائين يجب الدية
ونصف الدية معا وفي الخطأ والعمد تجب الدية للخطأ والقود للعمد والا اي وان لم يتخلل
بينهما برء فان اختلفا عمدا وخطأ بان قطع عمدا ثم قتل خطأ قبل البرء او بالعكس
اخذ بهما اي بموجبهما لاختلاف حكم الفعلين باختلافهما جنسا الا ان كانا خطائين
بل يكفي دية بالاتفاق لامكان الجمع بينهما لاتحاد الجنس وارتفاع المانع من التداخل
وهو البرء فيكتفى بموجب احدهما وهو دية النفس وفي العمدين بان قطع عمدا
ثم قتله عمدا يؤخذ بهما عند ابي ح اي الولي مخير بين ان يأخذ بهما وبين ان يقتله
بان يقول قطعوه ثم اقتلوه او يقول اقتلوه وما ذكر في الهداية من ان الخيار
الى الامام سهو وعندهما يقتل فقط فصار الجملة ثمانية صور توضيحها ان كلا
من القطع والقتل اما ان يكونا خطائين او عمدين او يكون القطع خطأ والقتل عمدا
او بالعكس فصارت اربعة ثم ان كل واحد منهما اما ان يكون قبل البرء او بعده
فصارت ثمانية وكل ذلك اما ان يتحقق من شخص واحد او شخصين فصارت ستة
عشر فان كانا من شخصين بفعل كل واحد منهما موجب فعله من القصاص واخذ
الارش مطلقا لان التداخل غير ممكن لعدم اتحاد المحل وان كانا من شخص واحد
وهو المذكور في الكتاب فيجب موجب كل من القطع والقتل او هدار احدهما

مبنى على اصل وهو ان الجمع بين الجراحات يعنى الاكتفاء بموجب احدهما واجب ما امكن تتميما للاول لان القتل فى غالب الاوقات يقع بضربات متعاقبة وفى اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج فيجعل الثانى متمما للاول ويجعل الكل جراحة واحدة الا انه لا يمكن الجمع اما لاختلاف الفعلين بان يكون احدهما خطأ والقتل عمدا يجب فى القطع دية اليد اعنى نصف دية النفس وفى القتل القصاص ولو كان بالعكس يجب فى القطع القصاص قطع اليد وفى القتل دية النفس واما لتخلل البرء فان البرء قاطع للسراية فيعطى كل واحد حكم نفسه ايضا سواء اتحد الفعلان جنسا بان كانا خطأين او عمدين او اختلفا جنسا بان كان احدهما خطأ والآخر عمدا ففى الصور الثمانية يعنى كل واحد حكم نفسه لعدم امكان الجمع ولو لم يتخلل البرء وقد اتحدا جنسا بان كانا خطائين يجمع بالاجماع لامكان الجمع لعدم اختلاف الجنس وعدم تخلل البرء ولو لم يتخلل البرء واتحدا جنسا بان كانا عمدين فالولى مخير عند ابى ح فان شاء يقول قطعوه ثم اقتلوه وان شاء يقول اقتلوه وعندهما لا تخيير للولى بل له ان يقتل لا ان يقطع يده لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما ولا يعطى كل واحد حكم نفسه بل يكتفى بالقتل بدون القطع ولابى ح ان الجمع متعذر لان حز الرقبة يمنع سراية القطع كالبرء فيعطى كل واحد حكم نفسه فيقطع بالقطع ويقتل بالقتل ولان قضية القصاص وهى المماثلة صورة ومعنى فيما ذكرناه وفى الاكتفاء بالقتل لم توجد المماثلة الا معنى فلا يصار اليه مع القدرة على المماثلة صورة ومعنى فيخير الولى بخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب فيه الدية وهى بدل المحل المقتول واحد فيجب بدل واحد الا ترى ان عشرة لو قتلوا واحدا خطأ تجب عليهم دية واحدة لاتحاد المحل وان تعدد الفعل ولو قتلوه عمدا قتلوا به جميعا لان القصاص وهو موجب العمد جزاء الفعل والفعل متعدد وان اتحد المحل ولو ضربه مائة سوط تسعون فى مكان وعشرة فى مكان فبرأ من تسعين سوطا ومات من عشرة وجبت دية فقط اى دية واحدة وهى دية النفس لما انه كانا خطائين ولم يتخلل بينهما برء كما ذكر وهذا لان الضربات التى برء منها ولم يبق لها اثر سقط ارشها لزوال الشين فلم تبق معتبرة

معتبرة فى حق الارش وان بقيت فى حق التعزير وهذا عند ابى ح وعند ابى يوسف فيها حكومة عدل وعند محمد يجب فيها اجرة الطبيب وثمن الادوية كذا فى الزيلعى وان جرحته الضربات وبقى الاثر ولم يمت تجب حكومة عدل بالاتفاق دون الارش لان حكومة عدل انما تكون لبقاء الجرح وهو موجود هنا والارش انما تجب باعتبار الاثر فى النفس بان لم يبرأ وهذا اليمين عوجو لحصول البرء فلا يجب الارش ولو ضربه مائة سوط ولم يجرح فى الابتداء لا يجب شىء من الارش ومن حكومة عدل ومن اجرة الطبيب وثمن الادوية بالاتفاق كذا فى القنية وينبغى ان يجب التعزير [illegible] فى تغيير حكومة عدل قال بعضهم ينظر الى المجنى عليه انه لو كان مملوكا كم ينتقص من قيمته بهذه الجنايات ان كانت تنقص عشر قيمته ففى الحر يجب عشر ديته وعلى هذا الاعتبار فى النصف والثلث ونحو ذلك وقال بعضهم ينظر الى ما يحتاج اليه فى هذا من النفقة واجرة الطبيب فهى حكومة عدل وقال بعضهم ينظر الى ادنى جراحة لها ارش مقدر وهى الموضحة فان كانت هذه الجراحة نصف الموضحة يجب فيها نصف ارش الموضحة قال رحمه الله والفتوى على الاول كذا فى قاضيخان ومن قطعت يده عمدا فعفى المقطوعة يده القاطع عن القطع وهو موجب العمد فمات منه اى من القطع فعلى قاطع الدية فى ماله عند ابى ح وعندهما هو اى العفو عن القطع عفو عن النفس ايضا فلا شىء على القاتل لهما ان العفو عن القطع عفو بموجبه لان الفعل عرض لا يبقى فلا يتصور العفو عنه فيكون العفو عنه عفوا عن موجبه وموجبه القطع اذا اقتصر والقتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عنهما ولان اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عنه عفوا عن نوعيه فصار كما اذا عفى عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة فكذا هذا ولابى ح ان سبب الضمان وهو قتل النفس المعصومة المتقومة قد تحقق والمانع منتف لان العفو لم يتناوله بصريحه لانه عفو عن القطع وهو غير القتل لان القطع ابانة العضو والقتل ازهاق الروح وبالسراية تبين ان الواقع قتل لا قطع فكان حقه فى القتل فما هو حقه لم يعف عنه وما عفى عنه فليس بحقه فلا يكون معتبرا الا ترى ان الولى لو قال بعد السراية عفوتك عن اليد لم يكن عفوا لانه

مطلب بيان تغيير حكومة عدل

مطلب قاطع اليد معفو عنه القاطع فمات تجب الدية

في غير حقه ولو قال المجني عليه عفوتك عن القتل واقتصر القطع لم يكن عفوا فكذا اذا
عفي عن اليد ثم سرى فاذا لم يكن العفو معتبرا وجب الضمان وهو الدية والقياس القصاص
لان القطع عمد وموجبه هو القصاص الا انا تركناه لان صورة العفو اورثت شبهة
وهي دارئة للقصاص فيجب الدية استحسانا ولا نسلم ان الساري نوع من القطع بل الساري
قتل ابتداء لان القتل ازهاق الروح ولما ان زهق الروح بالسراية عرف انه قتل ولا نسلم
ايضا ان القتل موجب القطع اذا سرى لانه اذا سرى ومات تبين ان هذا القطع لم يكن له
موجب اصلا انما الثابت هو موجب القتل وهو الدية فكان العفو المضاف الى القطع مضافا
الى غير محله فلا يصح واذا لم يصح العفو عن القطع لا يكون عفوا عن القتل فلا يتناوله
العفو بخلاف العفو عن الجناية لانها اسم جنس فيتناول السارية والمقتصرة وان
عفي عن القطع وما يحدث منه اي عفي عنهما معا او عن الجناية فهو اي كل من هذين العفوين
عفو عن النفس اجماعا لان قوله وما يحدث منه تصريح بالعفو عن السراية فكان العفو
عفوا عن القتل صريحا والجناية اسم جنس يتناول القطع والقتل جميعا والعمد من كل المال
والخطأ من ثلثه يعني اذا كانت الجناية عمدا وقد عفي عنها فيكون العفو معتبرا من كل المال
لان موجب العمد القود وهو ليس بمال فلم يتعلق به حق الورثة فيصح العفو عنه على الكمال
واذا كانت خطأ وقد عفي عنها فهو عفو عن الدية فيعتبر من الثلث لان الدية مال فيتعلق
بها حق الورثة والعفو وصية للعاقلة فيعتبر من الثلث سواء كان القاتل واحدا من
العاقلة او لا على الصحيح لانه اوصى لمن يجوز له الوصية وهو غير القاتل من العواقل ولمن لا يجوز
وهو القاتل منهم فيكون الكل لمن تجوز له الوصية كمن اوصى لحي وميت فان الوصية
كلها يكون للحي وقيل اذا كان القاتل واحدا من العاقلة لا تصح الوصية في قدر حصته لان
الوصية للقاتل لا تصح والشج كالقطع يعني لو كانت الجناية شجة بدل القطع فهي على
الخلاف المذكور في القطع فعند ابي ح اذا عفي المشجوج عن الشجة ثم مات من ذلك
فعلى الشاج الدية في ماله وقالا اذا عفي عنها فهو عفو عن النفس ايضا فلا شيء على الشاج
كما ذكر في القطع ولو قطعت امرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات الرجل فعليه

مطلب

ان

فعليه مهر مثلها وعليها اي على المرأة الدية في مالها ان تعمدت المرأة وعلى عاقلتها ان
اخطأت توضيحها اذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده فاما ان يقتصر او تسري
فان اقتصر صحت التسمية ويصير الارش وهو خمسة الاف درهم مهرا لها بالاجماع
سواء كان القطع عمدا او خطأ وتزوجها على القطع فقط او عليه وما يحدث منه
لانه برأ تبين ان موجبها الارش دون القصاص لان القصاص لا يجري في الاطراف بين الرجل
والمرأة والارش يصلح صداقا وان سرى وهو المذكور في الكتاب على ما اشار اليه بقوله
ثم مات فاما ان يكون القطع خطأ او عمدا فان كان خطأ فلها مهر مثلها والدية على عاقلتها
وان كان عمدا فلها مهر مثلها ايضا والدية في مالها لان العاقلة لا تعقل العمد هذا عند
عند ابي ح بناء على ما تقدم ان العفو عن قطع اليد لم يكن عفوا عما يحدث عنه عنده فكذا
التزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث عنه عنده وعندهما يصلح عفوا عما يحدث
عنه اي عن النفس فاذا لم يكن تزوجا على ما يحدث عنه يكون مالها من المهر غير ما
عليها مما يحدث عنه فوجب كل منهما ثم ان القطع اذا كان عمدا كان التزوج تزوجا
على القصاص في الطرف والقصاص ليس بمال فلا يصلح مهرا سيما على تقدير سقوط
القصاص فانه اذا لم يصلح مهرا على تقدير ثبوته لا يصلح على تقدير سقوطه متعلق
بالقبول فلما قبلت سقط واما باعتبار تعذر الاستيفاء فانه لما جعل القصاص مهرا
لها جعل لها ولاية الاستيفاء ولا يمكن استيفاء القصاص عن نفسها فاذا لم يصلح
القصاص مهرا يجب مهر المثل لعدم جواز خلو العقد عن المهر كما اذا تزوجها على خمر
او خنزير فان قيل الواجب الاصلي في الاطراف بين الرجل والمرأة هو الارش خمسمائة
دينار لا القصاص فكيف يصار الى مهر المثل بسبب عدم صلاحية القصاص للمهر مع تعين
الارش قلنا لا نسلم ان الواجب الاصلي بين طرفي الرجل والمرأة هو الارش بل القصاص
لاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص وانما سقط لتعذر حفظ المماثلة بينهما على ما
تقدم ولو سلم ان الموجب الاصلي هو الارش ولكنه ليس بمعلوم لجواز ان يكون
خمسة الاف درهم فيكون مجهولا فلا يصلح مهرا فيصار بالضرورة الى مهر المثل

والحاصل ان القصاص وبدله لما لم يصلح مهرا وجب لها مهر المثل لعدم خلو العقد
عنه فان قيل قبوله التزوج على اليد يتضمن العفو والمعفو لا يضمن فمن اين يجب عليها
الدية قلنا التزوج انما يتضمن العفو عن القصاص في الطرف ثم اذا سرى تبين انه قتل
لا قطع والعفو لم يتناول القتل فيجب الدية في مالها للعمد ثم اذا وجب لها مهر المثل
وعليها الدية تقع المقاصة بينهما اذا كانا على السواء فان كان في الدية فضل ترده على الورثة
وان كان في المهر فضل ترده الورثة عليها واذا كان القطع خطأ كان التزوج على ارش اليد واذا
سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على
ما في يده ولا شيء في يده ولا تقاص في الدية ههنا لان الدية فيه على العاقلة والمهر لها
فاختلفت ذمة من له وذمة من عليه وشرط التقاص اتحاد الذمتين وان تزوجها على اليد
وما يحدث منها اي السراية او على الجناية ثم مات فعليه مهر المثل في العمد لان هذا تزوج
على القصاص وهو لا يصلح مهرا لعدم كونه مالا فيجب مهر المثل كما تقدم ولا شيء عليها من الدية
لا القصاص اصلا لانه لما جعل القصاص مهرا وقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط
اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا بان قال اسقطت عنك القصاص
بشرط ان يصير مالا فانه يصير اصلا ويرفع عن القاتل مقداره اي مقدار مهر المثل
في الخطأ والباقي من مقدار مهر المثل وصية لهم اي للعاقلة وضمير الجمع باعتبار المعنى
فان خرج من الثلث يسقط عن العاقلة والا فقدر ما يخرج منه توضيحها انه اذا
تزوج على القطع وما يحدث منه او على الجناية ثم مات من ذلك فلا يخلو ان يكون القطع
عمدا او خطأ فان كان عمدا فلها مهر مثلها ويكون الباقي من مهر مثلها وصية للعواقل لان
التزوج على القطع وما يحدث منه وعلى الجناية تزوج على موجب الجناية وموجبها هنا الدية
وهي تصلح مهرا لانها مال فصحت التسمية الا ان مقدار مهر مثلها يعتبر من جميع مال
الميت لانه ليس في مقدار مهر المثل محاباة والمريض لا يحجر عليه من التزوج لانه من الحوائج
الاصلية فينفذ قدر مهر مثلها من جميع المال وما زاد على ذلك الى تمام الدية يعتبر من
الثلث لانه وصية لكونه تبرعا والدية هنا تجب على عاقلتها وقد صارت مهرا فان تفاوت

تتفاوت مهر مثلها ولا مال له سوى مهر المثل تسقط الدية كلها عن العاقلة ولا ترجع المرأة
عليهم بشيء من مهر مثلها لانهم كانوا يتحملون عنها بسبب جنايتها فكيف يغرمون
لها وان كان مهر مثلها اكثر من الدية لم تجب الزيادة لانها رضيت باقل من مهر مثلها
وان كان مهر مثلها اقل من الدية سقط عنهم قدر مهر مثلها لما ذكرناه من انهم كانوا
يغرمون عنها بسبب جنايتها فلا يغرمون لها شيئا وما زاد على مقدار مهر المثل الى تمام
الدية ينظر فان كان يخرج من الثلث يسقط عنهما ايضا لانه وصية لهم وتصح
هذه الوصية لانهم اجانب وان كان لا يخرج من الثلث سقط عنهم قدر
الثلث وادوا الفضل الى الاولياء لان الوصية لا نفاذ لها الا من الثلث قال
في الكفاية هذا الجواب صحيح على قول من لم يجعل المرأة القاتلة واحدة من
العاقلة واما على قول من يجعلها واحدة من العاقلة فقال بعضهم انه لا يصح
لانه وان تبطل الوصية في قدر حصتها اذ لا وصية للقاتل فلا تصح في نصيبها
فلا يسقط قدر نصيبها وقال بعضهم انه صحيح مطلقا فيسقط كله لانه
اوصى لمن تجوز له الوصية ولمن لا تجوز له الوصية فيكون الكل لمن تجوز له
الوصية فيسقط الكل كمن اوصى لحي وميت فان الوصية كلها تكون للحي وهو الاصح
على ما في الزيلعي وفي الكفاية انه الصحيح وكذا الحكم عندهما في الصورة الاولى
يعني في صورة التزوج على اليد اذا كان القطع خطأ فانهما قالا اذا تزوجها على
يده ثم مات فعليه مهر مثلها ويرفع عن العاقلة مقدار مهر مثلها من الدية في الخطأ
لان التزوج على اليد تزوج على ما يحدث منه عندهما كما ان العفو عن اليد عفو عندهما
عما يحدث ومن قتل على صيغة المجهول له ولي عمدا فقطع على صيغة المعلوم اي قطع
من له القصاص عمدا او خطأ وهو من قتل له ولي يد قاتله ثم عفى من له القصاص القاتل
عن القتل اي عن موجب القتل وهو القصاص فعليه اي على قاطع اليد دية اليد عند ابح
وقالا لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمن لانه استحق اتلاف نفسه بجميع اجزائه
اذ الاجزاء تبع للنفس فاذا استحق اتلاف الاصل استحق بجميع توابعه فاذا عفى

بطل حقه بالعفو فيما بقي لا فيما استوفى ولهذا لو لم يعف لا يجب عليه ضمان اليد وكذا اذا
عفى ثم سرى لا يضمن شيئا والقطع الساري افحش من المقتصر او قطع وما سرى وما عفى ثم
حز رقبته قبل البرء او بعده فصار كمن له قصاص في اليد فقطع اصابعه ثم عفى عن اليد
لا يضمن ارش الاصابع والاصابع من الكف كالاطراف من النفس ولابي ح انه استوفى
غير حقه فيضمنه وهذا لان حقه في القتل لا في القطع وكان القياس ان يجب القصاص الا انه
سقط للشبهة اذ كان له ان يتلف الطرف تبعا للنفس واذا سقط القصاص
وجبت الدية وانما لا يضمن في الحال بل يضمن بعد العفو لاحتمال ان يصير قتلا بالسراية
فيظهر انه استوفى حقه وحقه في الطرف ضرورة ثبوت حق القتل في النفس
وهذه الضرورة عند الاستيفاء لا قبله فاذا وجد الاستيفاء ظهر حقه في الاطراف
تبعا واذا لم يستوف لم يظهر حقه في الطرف لا اصلا ولا تبعا فتبين انه استوفى
غير حقه واما اذا لم يعف فانما لم يضمن لمانع وهو قيام الحق في النفس لاستحالة
ان يملك قتله وتكون اطرافه مضمونة عليه فاذا زال بالعفو ظهر حكم التسبب فاذا
سرى فهو استيفاء فتبين ان العفو كان بعد الاستيفاء ولو قطع وما عفى وبرئ
فهو على الخلاف في الصحيح فلا يكون مستشهدا به ولو قطع ثم حز رقبته قبل
البرء فهو استيفاء لان القطع انعقد على وجه يحتمل السراية فكان حز الرقبة
تتميما لما انعقد له القطع فلا يضمن حتى لو حز رقبته بعد البرء فهو على الخلاف
على انا لا نسلم ظهور حقه عند الاستيفاء في التوابع وانما دخلت في النفس لعدم
امكان التحرز عن اتلافها والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكف والكف تابع
لها غرضا لان منفعة البطش تقوم بالاصابع بخلاف الطرف لانه تابع للنفس من كل
وجه ومن قطعت يده فمات ذلك المقطوع يده بعد ما اقتص له من القاطع
قتل قاطعه قصاصا لانه بالموت بالسراية ان الجناية كانت قتل عمد وحق المقتص
له في القصاص في النفس واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القتل لانه من له القصاص
في النفس اذا قطع طرف من عليه القصاص ثم قتله لا يجب عليه شيء سوى الاساءة ويبقى

ويبقى حقه في القصاص في النفس وعن ابي يوسف انه سقط حقه في القصاص لان اقدامه
على القطع دليل على انه ابراه عن غيره قلنا انما اقدم عليه على ظن ان حقه فيه لا حق له
غيره وبعد السراية تبين ان حقه في القود فلم يكن مبرئا عنه ومن قطعت يده فاقتص
من قاطعها فسرى الى نفسه اي نفس المقتص منه وهو المقطوع يده قصاصا فعليه
اي عاقلة المقتص له وهو المقطوع يده اولا دية النفس عند ابي ح خلافا لهما وكذا
الشافعي قالوا لا شيء عليه لانه استوفى حقه وهو القطع فيسقط حكم سرايته اذ
الاحتراز عن السراية خارج عن وسعه فلا يتقيد بشرط السلامة كيلا ينسد باب
القصاص فصار كالامام اذا قطع يد السارق فسرى الى النفس ومات وكالبزاغ والفصاد
والحجام والختان وكما لو قال لغيره اقطع يدي فقطعها ومات وهذا لان السراية تبع
لابتداء الجناية فلا يتصور ان يكون ابتداء الفعل غير مضمون وسرايته مضمونة
ولابي ح ان حقه في القطع وانما هو موجود قتل حتى لو قطع ظلما كان قتلا فلم يكن مستوفيا
حقه فيضمن وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فوجبت الدية
بخلاف ما ذكروا من المسائل لان اقامة الحد واجب على الامام وكذا الفعل واجب على غيره
من البزاغ والفصاد والحجام والختان بالعقد واقامة الواجب لا يتقيد بشرط السلامة
وفي مسئلتنا الولي مخير بل العفو مندوب اليه فيكون من باب الاطلاق كالمرور
على الطريق وكضرب الزوجة فيتقيد بشرط السلامة

باب الشهادة في القتل

واعتبار حالته اي حالة القتل وهو عطف على الشهادة بقي هذا الباب مشتمل
على نوعين من المسائل الاول مسائل الشهادة في القتل والثاني مسائل اعتبار
حالة القتل القود يثبت للوارث ابتداء لا بطريق الارث اي عند ابي ح اعلم
ان ههنا طريقين احدهما طريق الخلافة وهو ان يثبت الملك للوارث ابتداء بسبب
انعقد في حق المورث كما اذا اتهب العبد فان الملك يثبت للمولى ابتداء بطريق
الخلافة عن العبد فان العبد ليس له اهلية للملك والثاني طريق الوراثة وهو
ان يثبت الملك للمورث ابتداء ثم للوارث بالنقل منه اليه فذهب ابو يوسف

ومحمد الى الثاني قولا بان القصاص موروث عن الميت حتى يجري فيه سهام الورثة ويصح عفوه

قبل الموت ويقضي ديونه منه اذا انقلب مالا وينفذ وصاياه منه كما في الدية وذهب ابو ح الى

الاول قولا بان القصاص غير موروث لانه يثبت بعد الموت للتشفي ودرك الثار والميت

ليس من اهله وانما يثبت للورثة بطريق الخلافة بسبب انعقد للميت اي يقومون مقامه

فيستحقونه ابتداء من غير ان يثبت للميت لان القصاص ملك الفعل في المحل بعد موت

المجروح ولا يتصور الفعل من الميت ولهذا صح عفو الورثة قبل موت المجروح وانما صح

عفو المجروح لان السبب انعقد له وقوله تع ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا

نص على ان القصاص يثبت للوارث ابتداء بخلاف الدين والدية لان الميت اهل لملك المال

ولهذا لو نصب شبكة فتعلق به صيد بعد موته يملكه واصل هذا الاختلاف راجع الى ان

استيفاء القصاص حق الورثة عنده وحق الميت عندهما فاذا كان القصاص يثبت حقا

للورثة ابتداء عند الامام فلا يكون احدهم اي احد الورثة خصما عن البقية اي بقية الورثة

فيه اي في اثبات القود بل لا بد للباقي بعد ان حضر اعادة البينة ليتمكن من الاستيفاء والا

فلا يتمكن منه لا الحاضر ولا الغائب بعد حضوره حتى يقيما معا على ما سنبينه وهل يكفي

في اثبات القود حضور الوكيل ام لا بد من حضور الغائب بنفسه قالوا يكفي حضور

الوكيل قال في قاضيخان الوكالة في اثبات الدم من جانب المدعي والمدعى عليه مقبولة في قول

ابي ح وقال ابو يوسف آخرا لا يقبل وقول محمد مضطرب وان وكل باستيفاء القصاص في النفس

او فيما دون النفس لم يكن للوكيل ان يستوفي الا بحضر من الموكل عندنا وعلى قول الشافعي

له ان يستوفي بخلاف المال فان احد الورثة خصم عن البقية فيه فان الورثة يملكه

بطريق الوراثة لا بطريق الخلافة وكل ما يملكه الورثة بطريق الوراثة فاحدهم يكون

خصما عن الباقين حتى اذا ادعى احد الورثة شيئا من التركة عينا او دينا على احد واقام

بينة ثبت حق الجميع فيه فلا يحتاج الباقون بعد حضورهم الى تجديد الدعوى واقامة

البينة وكذا اذا ادعى واحد على احد الورثة شيئا من التركة واقام البينة عليه يثبت على

الجميع حتى لا يحتاج الى ان يدعي على كل واحد منهم واقامة البينة عليهم وكذا الحال في القتل

في القتل الخطأ على ما سيأتي واذا لم يكن احد الورثة خصما عن البقية في اثبات القصاص

فلو اقام احد ابنين حجة بقتل ابيهما عمدا والاخر غائب لزم اعادتها بعد عود الغائب

عند ابي ح خلافا لهما يعني اذا قتل رجل رجلا عمدا وللمقتول ابنان احدهما حاضر والاخر

غائب فاقام الحاضر البينة على قتل ابيه فالقاضي لا يتعجل بقتل القاتل قصاصا بل يحبسه

لانه صار متهما به فان حضر الغائب بعد ذلك لا يكون للغائب الذي حضر ان يستوفي

القصاص ما لم يعد البينة على القاتل عند القاضي بل لا بد لهما من اعادة البينة ليستوفي

القصاص عند ابي ح لانه عنده القصاص يثبت للورثة ابتداء بطريق الخلافة فلم يكن احدهم

احدهم خصما من البقية في اثبات حق الاخر من القصاص وقالا لا حاجة للغائب بعد

حضوره الى اعادة البينة بناء على الاصل المذكور من ان ثبوت القصاص عندهما لما كان

بطريق الوراثة كان احد الورثة خصما عن البقية فيما يدعى للميت وفيما يدعى على الميت

كما في دعوى الخطأ والمال والجواب عنه ان الميت اهل لملك المال دينا او دية بخلاف

القصاص فان الميت ليس باهل له على ما بيناه من قبل فلا يقاس احدهما على الاخر وفي الخطأ

اي القتل الخطأ والدين اي للميت او على الميت لا تلزم اعادة البينة بعد حضور الغائب

بالاتفاق لما ذكرناه من ان ثبوت المال للورثة بطريق الوراثة وكل ما كان كذلك يكون احدهم

خصما عن الباقين وكل من الخطأ والدين مال ولو برهن القاتل على عفو الغائب فالحاضر

خصم له ويسقط من القاتل القود لانه ادعى على الحاضر حقا وهو سقوط حقه في القصاص

وانقلاب نصيبه مالا ولا يتمكن من اثباته الا باثبات العفو من الغائب فانتصب الحاضر خصما

عن الغائب في اثبات حقه عليه بالبينة فاذا قضى عليه صار الغائب مقضيا عليه ايضا تبعا

للحاضر ثم اذا حضر الغائب فان اقر العفو فبها وان انكر فهل يكلف القاتل اعادة البينة

ام لا يكلف ففيه تفصيل مذكور في قاضيخان حيث قال فيه في باب الوكالة بالدم رجل

قتل عمدا فاقام اخ المقتول بينة انه وارثه ولا وارث له غيره واقام القاتل بينة ان

له ابنا فان القاضي لا يقضي ببينة الاخ وينتظر في ذلك وان اقام القاتل بينة ان له

ابنا وانه قد صالحه على الدية وقبضها منه او اقام بينة ان الابن قد عفى عنه قبلت بينة القاتل

لانه بينة انه لاحق للمدعي في استيفاء القود فان جاء الابن بعد ذلك وانكر العفو او الصلح
كلف القاتل ان يعيد البينة على الابن ولا يقضى على الابن بالبينة التي اقامها القاتل على
الاخ لان الاخ لا يكون خصما عن الابن ولو كان للمقتول اخوان فاقام القاتل البينة على احدهما
ان الاخ الغائب صالح على خمسة الاف درهم او عفى عنه جاز ذلك فان حضر الغائب وانكر
الصلح او العفو لا يكلف القاتل اعادة البينة بخلاف الاول لان في الاول الاخ لا يكون وارثا مع
الابن بل يكون اجنبيا اما الاخوان فكل واحد منهما يستحق القصاص على القاتل فهذه بينة
قامت على الخصم فلا تكلف اعادة البينة واذا لم يكلف القاتل اعادة البينة ههنا يكون
للحاضر نصف الدية ولا شيء للغائب انتهى ولو ادعى القاتل عفو الغائب ولم يكن له بينة
واراد استحلاف الحاضر فهل يحلف ام لا قالوا لا يحلف الحاضر لانه يدعي العفو على الغائب
والحاضر ليس بخصم في حق نفس العفو بل يؤخر حتى يقدم الغائب فاذا قدم يحلف
فاذا حلف اقتص القاتل وان نكل سقط القود كذا في شرح الوقاية نقلا عن شرح الكافي
وكذا لو قتل عبد لرجلين واحدهما غائب يعني لو كان عبد بين رجلين فقتل عمدا واحد
الموليين غائب فحكمه مثل ما ذكر في المسئلة المتقدمة في الموليين حتى لا تقبل بينة الحاضر
في اثبات القصاص من غير اعادة بعد عود الغائب ولو اقام القاتل البينة على عفو
الغائب فالحاضر خصم ويسقط القصاص ولو شهد وليا قصاص بعفو اخيهما
لغت شهادتهما يعني اذا قتل رجل عمدا وكان له ثلاثة اولياء فشهد اثنان
منهم على الثالث انه عفى فشهادتهما باطلة لانهما يجران الى انفسهما مغنما
وهو انقلاب القود الى المال وهو عفو منهما لانهما زعما ان القصاص قد سقط
وزعمهما معتبر في حقهما الا في حق الغير ثم هذه المسئلة على اربعة اوجه فاشار
الى الاول بقوله فان صدقهما اي الشاهدين القاتل فقط اي كذبهما شريكهما
وهو اخوهما الذي شهدا عليه بالعفو فالدية بينهما اثلاثا لان القاتل بتصديقه
اياهما اقر لهما بثلثي الدية فيلزمه لكنهم يزعمون ان نصيب الولي المشهود عليه
قد سقط بعفوه وهو ينكر فلا يقبل قولهم عليه بدون البينة فينقلب نصيبه

نصيبه ايضا مالا فوجب عليه كل الدية بين الاولياء الثلاث والى الثاني اشار بقوله
وان كذباهما اي كذب القاتل والشريك المشهود عليه الشاهدين فلا شيء لهما
اي للشاهدين لانهما باخبارهما اسقطا حقهما في القصاص فانقلب مالا فلا
يصدق في دعويهما لانفسهما مالا الا ببينة كتكذيب القاتل والشريك
ولاخيهما اي المشهود عليه ثلث الدية لان حق الشاهدين لما سقط في القصاص
سقط حق شريكهما فيه ايضا لعدم تجزي القصاص وانتقل الى المال وسقط حقهما
في المال ايضا لما ذكرناه فبقي حصة الشريك وهو ثلث الدية لعدم المسقط
والى الثالث بقوله وان صدقهما اي الشاهدين اخوهما اي المشهود عليه فقط
اي دون القاتل غرم القاتل له اي للشريك المشهود عليه ثلث الدية وهو نصيب
الشريك ثم ياخذانه منه اي ياخذ الشاهدان ذلك الثلث من الشريك لان
دعوى الشريك انه بمعنى تصديقهم الشاهدين فلا شيء له على القاتل ولهما على
القاتل ثلث الدية وما في يده وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فيصرف
اليهما والقياس ان لا يلزمه شيء لانهما ادعيا المال على القاتل والقاتل ينكر فلم يثبت
وما اقر القاتل للشريك قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه الشاهدين
فقد اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص سقط باخبارهما بالعفو
كابتداء العفو منهما والمقر له ما كذب القاتل حقيقة بل اضاف الوجوب الى غيره
وفي مثله لا يرتد الاقرار كمن قال لفلان علي مائة فقال المقر له ليس لي ولكنها لفلان
فان المال للمقر له الثاني كذا هنا ولم يذكر المص الوجه الرابع من وجوه المسئلة وهو
ان يصدق الشاهدين القاتل والشريك معا فحكمه ان لا شيء للشريك لانه بتصديقه
ابطل نصيبه وللشاهدين ثلثا الدية لان نصيبهما صار مالا كذا في الدرر وان
اختلف شاهدا القتل في زمانه اي زمان القتل بان شهد احدهما انه قتله قبل الظهر
وشهد الاخر انه قتله بعد الظهر او مكانه بان شهد احدهما انه قتله في مكان كذا والاخر
انه قتله في مكان اخر او آلته بان شهد احدهما انه بالسيف والاخر انه قتله برمح او قال

احدهما ضربه بعصا وقال الاخر لا ادري بماذا قتله بطلت الشهادة في الكل لان القتل
مما لم يتكرر فالقتل الواقع في زمان غير القتل في زمان اخر وكذا القتل في مكان
او بالة غير القتل في مكان اخر او بالة اخرى فكان على كل قتل شهادة فرد فلم تقبل
ولان اتفاق الشاهدين شرط القبول ولم يوجد ولو شهد شاهدان انه قتله
في زمان او مكان او بالة كذا وشهد آخران انه قتله في زمان او مكان آخر او بالة اخرى
لم تقبل ايضا وان قام على كل من القتل نصاب شهادة لان القاضي تيقن كذب احد
الطرفين لاستحالة اجتماعهما لعدم التكرر كما ذكرناه ولا ترجيح لاحدهما على الاخر
لعدم الاولوية بالقبول فبطلتا بخلاف ما اذا كمل احد الطرفين دون الاخر حيث يقبل
الكامل منهما لعدم المساواة كذا في الزيلعي ولو قال احدهما انه ضربه بالة كذا وقال
الاخر لا ادري باي آلة قتله بطلت ايضا لان احدهما مطلق والاخر مقيد والمطلق
غير المقيد فاختلفا فلم تقبل ولان حكم المقيد يغاير حكم المطلق فان من قال قتله بعصا
موجبه الدية على العاقلة ومن قال لا اعلم موجبه الدية على القاتل فاختلف المشهود به
فلم تقبل وكذا لو شهد احدهما بالقتل معاينة سواء كان القتل عمدا او خطأ والاخر
على اقرار القاتل بذلك لم تقبل لاختلاف المشهود به فان احدهما فعل والاخر قول
كما لو شهد احدهما بالغصب والاخر على اقرار الغاصب بالغصب وكذا لو شهد احدهما
انه قتله عمدا والاخر انه قتله خطأ لم تقبل لاختلاف المشهود به ولو شهد رجل
وامرأتان بقتل العمد لم تقبل وكذا الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي
بخلاف قتل الخطأ لان موجب قتل الخطأ المال وهو الدية لا القصاص فتقبل فيه شهادة
النساء مع الرجال والشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي وكذا لا تقبل
شهادة بعض اهل المحلة على بعض في القتل لما فيها من دفع المغرم عن انفسهم كما
سيأتي في القسامة وان شهدا بالقتل وجهلا الالة لزمت الدية يعني لو شهدا
انه قتله وقالا لا ندري باي شيء قتله وجب فيه الدية في ماله استحسانا والقياس انه لا تجوز
هذه الشهادة اصلا لانهما شهدا بقتل مجهول لان الالة لما جهلت فقد جهل القتل

القتل لان القتل يختلف حكمه باختلاف الالة فيكون هذا غفلة من الشهود وجه الاستحسان
انهما شهدا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل لامكان العمل به فيجب اقل موجبيه وهو الدية
ولا يحمل قولهما لا ندري على الغفلة بل يحمل على انهما سعيا للدرء المندوب اليه
في العقوبات احسانا للظن بهما ومثل ذلك شايع في الشرع وان كان كذبا لان الشرع
اطلق الكذب في اصلاح ذات البين وانما وجبت الدية في ماله دون العاقلة لان
المطلق يحمل على الكامل فلا يثبت الخطأ بالشك اذا ادعى على رجل انه قتل اباه عمدا
واقام شاهدين فشهدا انه ضرب فلانا بالسيف فلم يزل صاحب فراش حتى مات
قبلت هذه الشهادة ويقضى بالقصاص وان لم يذكرا العمد وكذا لو شهدا انه
طعنه برمح او رماه بسهم ولو اقر كل من رجلين بقتل زيد وقال وليه قتلتماه جميعا
فله اي للولي قتلهما قصاصا لان كلا منهما اقر بانفراده بكل القتل وبالقصاص عليه
والمقر له صدقه في وجوب القتل عليه ايضا لكنه كذبه في انفراده بالقتل وتكذيب المقر له
في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي لان ذلك يوجب تفسيقه وفسق المقر
لا يمنع صحة اقراره كما لو اقر لرجل بالف درهم فصدقه المقر له في النصف وكذبه
في النصف فان الاقرار صحيح في النصف المقر به بخلاف ما لو قال لهما صدقتما بدل قتلتماه
فانه ليس له ان يقتل واحدا منهما لان تصديقه كل واحد منهما تكذيب للاخر لان كل
واحد منهما يدعي الانفراد بالقتل فتصديقه يوجب فصلا كانه قال لكل واحد منهما
قتلته وحدك ولم يشاركك فيه احد كما تقول انت فيكون مقرا بان الاخر لم يقتله فسقط
القصاص باقراره ولو شهدا بقتل زيد عمروا واخران بقتل بكر اياه اي عمروا وادعى
وليه اي ولي عمرو قتلهما اي قتل زيد وبكر عمروا والاضافة الى الفاعل لغنا اي الشهادتان
لان تكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته لان تكذيب الشاهد
تفسيق له وفسق الشاهد يوجب رد شهادته كما تقدم في الشهادة بخلاف فسق
المقر فانه لا يمنع صحة اقراره كما تقدم قال في شهادات قاضيخان المدعي اذا كذب شهوده
فيما شهدوا له في بعض لا تقبل شهادتهم اما لانه تفسيق للشاهد او لان الشهادة

لا تقبل بدون الدعوى وفيما كذب لم توجد الدعوى من المدعوى واذا تكلم المدعي بكلام
يحتمل ان يكون تكذيبا ان كان ذلك قبل القضاء لا يقضى له وان كان بعد القضاء لا تبطل
قضاه الا ان يكون تكذيبا للشاهد قطعا ثم ذكر فروعه فارجع اليه ولو شهدا على
رجل بقتله خطأ وحكم بالدية فجاء المشهود بقتله حيا ضمن العاقلة الولي لانه
قبض الدية بغير حق او الشهود لان المال تلف بشهادتهما ثم يرجع الشهود
على الولي بما ضمنوا والعمد كالخطأ الا في الرجوع عند ابي ح فانهما اذا شهدوا
عليه بالقتل العمد فقتل المشهود عليه ثم جاء المشهود بقتله حيا يخير الورثة
بين تضمين الولي الدية وبين تضمينه الشهود فان ضمنوا الشهود لم يرجعوا
على الولي عند ابي ح لانهما اوجبوا هنا للولي ما ليس بمال وهو القصاص فلا وجه لان
يرجعوا بمال اذ لا مماثلة بينهما وعندهما يرجعون على الولي كما في الخطأ ولو
شهدا على اقرار القاتل بالقتل عمدا او خطأ ثم جاء حيا لم يضمنا لعدم ظهور
كذبهما في شهادتهما وكذا لو شهدا على شهادة غيرهما في الخطأ وقضى بالدية
على العاقلة ثم جاء حيا لم يضمنا ايضا لعدم ظهور كذبهما لان المشهود به
شهادة الاصول على القتل لا نفس وضمن الولي الدية في الصورتين للعاقلة اذ ظهر
انه اخذها منهم بغير حق ولما فرغ من مسائل الشهادة في القتل شرع في مسائل
اعتبار حالة القتل فقال والعبرة بحالة الرمي لا الوصول في تبدل حال المرمي اليه عند الامام
اي في حق الضمان والحل يعني ان المرمي اليه لو كان معصوم الدم حالة الرمي يضمن الرامي با هلاكه
والا فلا وهذا لان الضمان انما يجب بالجناية والشخص انما يصير جانيا بفعل يدخل تحت اختياره
وهو الرمي لا وصول المرمي الى المرمي اليه اذا عرفت هذا فلو رمى الرامي مسلما فارتد المرمي
اليه بعد الرمي قبل وصول السهم اليه فوصل السهم اليه اي الى المرتد فمات المرتد من
ذلك الرمي تجب الدية على الرامي عند ابي ح خلافا لهما قالا لا شيء على الرامي لان التلف
حصل في محل غير معصوم واتلاف غير المعصوم هدر ولابي ح ان المرمي اليه معصوم الدم
وقت الرمي والعبرة به لما ذكرناه فوجب الدية عليه لورثة المرتد لا القصاص لانه وقت الوصول

الوصول لم يكن معصوم الدم فصار ذلك شبهة في سقوط القصاص ولو رمى مرتدا
فاسلم قبل الوصول لا يجب شيء اتفاقا اما عند ابي ح فظاهر واما عندهما فلان الرمي
لم ينعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل وقت الرمي فلا ينقلب موجبا بصيرورته
متقوما بعد ذلك وان رمى عبدا فاعتق العتق اي اعتقه مولاه بعد الرمي قبل
وصول السهم اليه فوصل السهم اليه فمات منه فعليه اي فعلى الرامي
قيمته حال كونه عبدا عند ابي ح وعند محمد فضل ما بين قيمته مرميا وغير مرمي
لان العتق قاطع للسراية الا ترى ان من قطع يد عبد ثم اعتقه مولاه ثم مات
لا يجب عليه الا ارش اليد مع النقصان الذي نقصه المعتق الى العتق ولا يجب
بعد العتق شيء من الدية والقيمة فاذا انقطعت السراية بقي مجرد الرمي
وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب عليه
ذلك حتى لو كانت قيمته قبل الرمي الف درهم وبعده ثمانمائة لزمه مائتان
ولابي ح ان الرامي يصير قاتلا له من وقت الرمي وهو مملوك في تلك الحالة
فيجب قيمته لما مر من اصله ان المعتبر حالة الرمي بخلاف قطع اليد فانه اتلاف
لبعض المحل والاتلاف يوجب الضمان للمولى لانه ورد على محل مملوك له
ثم اذا سرى بعد العتق لا يوجب شيئا لانه لو اوجب شيئا لوجب للعبد لانقطاع
حق المولى عنه وظهور حقه فيه فتصير نهاية الجناية مخالفة للبداية فصار
ذلك كتبدل المحل وعند تبدل المحل لا يتحقق السراية فكذا هنا واما الرمي
فقبل الاتصال بالمحل ليس باتلاف شيء منه لانه لا اثر له في المحل وانما قلت
الرغبات فلا يجب فيه الضمان قبل الاتصال بالمحل وعند الاتصال بالمحل
يستند الوجوب الى وقت الانعقاد فلا يخالف النهاية البداية فيجب قيمته
للمولى وابو يوسف مع ابي ح في هذه المسئلة والفرق له بين هذه المسئلة
وبين ما تقدم من مسئلة الارتداد انه اعترض على الرمي ما يبطل عصمة المحل
فيما تقدم فيجعل ذلك بمنزلة الابراء اما هنا اعترض على الرمي ما يؤكد

عصمة المحل وهو الاعتاق فلا يبطل به الجناية وان رمى محرم صيدا فحل فوصل
السهم الى الصيد بعد كونه حلالا وجب الجزاء لانه وقت الرمي كان محرما
وان رماه حلال فاحرم اي دخل في الاحرام قبل الوصول فوصل السهم الى الصيد
فلا يلزمه الجزاء لانه وقت الرمي لم يكن محرما وان رمى من قضى عليه برجم
يعني رجل قضى القاضي عليه برجم فرماه رجل بحجر فرجع شهوده قبل وصول
الحجر اليه فوصل الحجر اليه لا يضمن الرامي شيئا لان المعتبر حالة الرمي وهو
مبيح الدم حالة الرمي ولو رمى مسلم صيدا فتمجس اي صار مجوسيا فوصل
السهم الى الصيد بعد كونه مجوسيا حل اكل الصيد لانه حالة الرمي كان
مسلما وفي العكس اي رمى مجوسي صيدا فاسلم فوصل السهم بعد اسلامه
يحرم اكله اما عند ابي ح فظاهر واما عندهما فلان الرمي انعقد محرما فلا
ينقلب محللا

كتاب الديات

جمع دية مصدر ودى القاتل المقتول
اذا اعطى وليه مالا الذي هو بدل النفس ثم قيل لذلك المال الدية تسمية له
بالمصدر وفاؤها محذوفة كما في عدة كذا في المغرب والارش اسم للواجب
فيما دون النفس واعلم ان الدية عند ابي ح لا يكون الا من الذهب والفضة والابل
من الذهب الف دينار ومن الفضة عشرة الاف درهم ومن الابل مائة وقالا
يكون من هذه الثلاثة ومن البقر والغنم والحلل كما سيأتي ثم هي على نوعين
مغلظة ومخففة فذكر الاول بقوله الدية المغلظة من الابل واعلم ان الدية المغلظة
لا يكون الا من الابل دون غيره على ما سيصرح به وهي مائة ابل ارباعا اي من حيث الارباع
لا من حيث الاخماس كما في المخففة ثم بين الارباع بقوله بنات مخاض وهي التي طعنت
في السنة الثانية وبنات لبون وهي التي تمت عليه الحولان وحقاق جمع حقة وهي
التي تمت عليه ثلاث سنين وجذاع وهي تمت عليها اربع سنين ثم بين عدد كل
نوع بقوله من كل من هذه الانواع الاربعة خمس وعشرون فصار الكل مائة هذا
عند ابي ح وابي يوسف وعند محمد ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون ثنية

ثنية وهي التي تمت عليها خمس سنين كلها اي كل الثنية خلفات جمع خلفة وهي
الحامل من النوق في بطونها اولادها صفة كاشفة لخلفات واستدل محمد بقوله
صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل
اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ من دية الخطأ
المحض بالاجماع وذلك فيما قلنا لانا نقول ثلاثا وانتم تقولون ارباعا والاثلاث
اغلظ من الارباع واستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم في نفس المؤمن مائة من الابل
وجه الاستدلال به ان الثابت منه صلى الله عليه وسلم هذا وليس فيه دلالة على
صفة من التغليظ ولا بد منه بالاجماع وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة
رضي الله عنهم في صفة التغليظ فان عمر وزيدا وغيرهما رضي الله عنهم قالوا
مثل ما قال محمد وقال علي رضي الله عنه يجب اثلاثا ثلاثة وثلثون حقة وثلثة وثلاثون
جذعة واربعة وثلاثون خلفة وقال ابن مسعود رضي الله عنه يجب ارباعا مثل ما
قال ابو ح وابو يوسف والراي لا مدخل له في المقادير الشرعية فكان كالمرفوع وصار
معارضا لما رواه محمد واذا تعارضا كان الاخذ بالمتيقن وهو الادنى اولى ولا تغليظ
في غير الابل لان الشرع ورد به وعليه الاجماع والمقدرات لا تعرف الا سماعا اذ لا
مدخل للراي في المقدرات الشرعية فلم يتغلظ بغير الابل حتى لو قضى القاضي به لا ينفذ
قضاؤه لكونه على خلاف النص والاجماع فلا يزاد في الدراهم على عشرة الاف درهم
ولا في الدنانير على الف دينار تغليظا وهي اي الدية المغلظة في شبه عمد وقد تقدم
بيانه في اول الجنايات وانها على العاقلة لا على القاتل كما تقدم ايضا والمخففة
اي الدية المخففة وهي في الخطأ جملة حالية من المبتدا اطلقه فيشمل الخطأ في القصد
والخطأ في الفعل وقد تقدم بيانهما في اول الجنايات وما بعده اي ما بعد الخطأ وهو ما
يجري مجرى الخطأ وما قتل بسبب على ما تقدم بيانه من الذهب متعلق بالمخففة الف
دينار خبر قوله والمخففة ومن الورق بكسر الراء اي الفضة عشرة الاف درهم
وقال مالك والشافعي من الورق اثنى عشر الفا لما روى ابن عباس رضي الله عنهما ان

مطلب دية النفس من الذهب والفضة

النبي صلى الله عليه وسلم

قضى بذلك ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية في
قتيل بعشرة الاف درهم وتاويل ما روى انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة
وقد كانت الدراهم كذلك الى عهد عمر فابطل عمر رضي الله عنه ذلك الوزن ومن الابل مائة
ابل اخماسا اي من حيث الاخماس وبين الاخماس بقوله ابن مخاض وبنت مخاض
وبنت لبون وحقة وجذعة ثم بين عدد كل من هذه الانواع الخمسة بقوله من كل
من هذه الخمسة عشرون فبلغت مائة هكذا روى عن ابن مسعود ولان هذا اخف
فكان اليق بحالة الخطأ لان الخاطئ معذور وهذا قول الشافعي ايضا الا انه يقضي
بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض ولا دية من غير هذه الاموال اي الانواع الثلثة
الذهب والفضة والابل عند ابي حنيفة وقالا منها اي من هذه الثلاثة ومن البقر ايضا مائتا
بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لهما ما روى ان عمر رضي
الله عنه جعل على اهل كل مال هكذا قال ابو يوسف حدثنا ابن ابي ليلى عن الشعبي
عن عبيدة السلماني قال وضع عمر بن الخطاب رضي الله عنه الديات على اهل الذهب
الف دينار وعلى اهل الورق عشرة الاف درهم وعلى اهل الابل مائة من الابل وعلى اهل
البقر مائتي بقرة وعلى اهل الشاة الفي شاة وعلى اهل الحلل مائتي حلة وله ان
التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء ليست كذلك ولهذا
لا يقدر بها ضمان شيء مما وجب ضمانه بالاتلاف او غيره فان قيل فالابل كذلك اجيب عنه
بان التقدير بالابل عرف بالاثار المشهورة وغيرها ليس في معناها فلا يلتحق بها
وكفارة شبه العمد والخطأ عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة
الى قوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان عجز فصيام شهرين متتابعين
لما تلوناه ولا اطعام فيها اي في كفارة شبه العمد والخطأ لعدم النص فيها والمقادير
الشرعية يعرف بالنص اذ لا مدخل للرأي فيها وصح اعتاق رضيع احد ابويه مسلم
لانه مسلم تبعا له لانه يتبع خير الابوين دينا والظاهر سلامة اطرافه لا الجنين
اذ لم يعرف حياته ولا سلامته وللمرأة اي الدية للمرأة في النفس وما دونها نصف

مطلب كفارة قتل الخطأ

نصف ما للرجل هكذا روى مرفوعا وموقوفا عن علي رضي الله عنه فاذا قتلت المرأة
خطأ تجب خمسة الاف درهم وفي قطع يدها الفان وخمسمائة وللذمي مثل ما
للمسلم اي من الدية لقوله صلى الله عليه وسلم دية كل ذي عهد في عهده الف دينار
وكذلك قضى ابو بكر وعمر رضي الله عنهما وفيه خلاف مالك والشافعي

فصل في بيان الدية فيما دون النفس لكن ذكر فيه وجوب الدية في النفس
ايضا بقوله في النفس الدية تمهيد الذكر ما بعده اطلق النفس فشمل الذكر والانثى
والصغير والكبير والوضيع والشريف والمسلم والذمي والمراد نفس الحر لان دية
العبد سيأتي في فصل على حدة وكذا في مارن الانف اي كما يجب الدية في النفس تجب
ايضا الدية الكاملة في اتلاف مارن الانف وما عطف عليه من الاطراف الى قوله
وفي اشفار العينين يعني ان هذه الاطراف يعادل النفس في الدية ولهذا ذكر النفس
في هذا الفصل تمهيدا لما بعده والا فقد ذكر لزوم الدية فيها من قبل والاصل ههنا
ان الجاني ان فوت في الاطراف جنس المنفعة على الكمال او ازال ما قصد في الادمي من كمال
الجمال تجب عليه كل الدية كما في النفس لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف
من كل وجه تعظيما للادمي وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية كلها
في اللسان والانف وقد قضى عمر رضي الله عنه لرجل على رجل باربع ديات بضربة واحدة
وقعت على رأسه وذهب به عقله وسمعه وبصره وكلامه ففي قطع مارن الانف
ازال الجمال وكذا المنفعة المقصودة من الانف وهو الشم فيجب فيه كمال الدية وفي
اللسان ان منع النطق او اداء اكثر الحروف اي فيه دية النفس لانه ازال منفعة مقصودة
من اللسان وهو النطق ولو قدر على التكلم ببعض الحروف دون بعض قيل تقسم
الدية على الحروف مطلقا وقيل تقسم على عدد حروف يتعلق باللسان وهي الالف والتاء
والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد
والطاء والظاء واللام والنون والياء فما اصاب الفائت يلزمه ولا مدخل للحروف
الحلقية فيه وهي حروف الستة المشهورة الهاء والهمزة والعين والغين والحاء

والتاء ولا الشفوية وهي الباء والميم والواو وقيل ان قدر على اداء اكثرها تجب حكومة
عدل لحصول الافهام مع الاضلال وان عجز عن اداء الاكثر تجب كل الدية وفي الصلب
اي فيه دية كاملة ان منع الجماع لانه ازال المنفعة المقصودة منه والا فلا وفي
الافضاء اي افضاء احد المسلكين الى الاخر وفيه دية كاملة اذا منع استمساك البول
لما ذكرناه وفي الذكر اي في قطعه وفي قطع حشفته دية كاملة لما فيه من تفويت منفعة
الوطئ والايلاد واستمساك البول وفي العقل اي في ذهابه دية كاملة لتفويت منفعة
الادراك المقصود من الانسان وفي السمع وفي البصر وفي الشم وفي الذوق اي في
ذهاب كل منها دية كاملة لما ذكرناه ولما روي عن عمر رضي الله عنه انه قضى لرجل على رجل
باربع ديات بضربة واحدة وقعت على راسه ذهب بها عقله وسمعه وبصره وكلامه
والشم والذوق في معناها فيلحق بها واختلفوا في طريق معرفة ذهابها قال
ابو يوسف لا يعرف الذهاب بل القول فيه قول الجاني لانه المنكر ولا يلزمه شيء الا
اذا صدقه الجاني او نكل عن اليمين وقيل ذهاب البصر يعرفه الاطباء فيكون قول رجلين
عدلين حجة وقيل يستقبل به الشمس مفتوح العين فان دمعت عينه علم انها باقية والا
فلا وقيل تلقى بين يديه حية فان هرب منها علم انها باقية والا فلا وطريق معرفة
ذهاب السمع ان يغافل ثم ينادى فان اجاب علم انها باقية والا فذاهبة وفي اللحية
اي في حلقها دية كاملة ان لم ينبت لما فيه من ازالة كمال الجمال لان اللحية في اوانها من كمال
الجمال وان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لانه لم يبق لفعل الجاني اثر ولكنه يؤدب
على ارتكابه المحرم كما في الضربة التي لم يبق لها اثر في البدن ولو نبت اللحية ابيض فقد
ذكر في النوادر لا يلزمه شيء عند ابي ح في الحر لان الكمال ببياض شعر اللحية وعندهما يجب
حكومة عدل وفي العبد يجب حكومة عدل بالاتفاق لانه ينتقص به قيمة العبد واختلفت
الرواية ايضا في عدم نبات لحية العبد ففي رواية الحسن عن ابي ح يجب كمال الدية
وفي ظاهر الرواية عنه لا يلزمه شيء لان المقصود من العبد الاستخدام دون الجمال
وهو لا يفوت بحلق اللحية بخلاف الحر لان المقصود منه كمال الجمال وفي حلق الشارب

دية قطع الذكر

الشارب حكومة عدل على ما سيأتي واختلفوا في لحية الكوسج والاصح انه اذا كان
على ذقنه شعرات معدودة فليس في حلقه شيء لان وجودها يشينه ولا يزينه وان
كان ذلك على الخد والذقن جميعا ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل وان كان
متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفي شعر الراس اي في حلقه دية كاملة
لما فيه من ازالة كمال الجمال ولهذا يتكلف الاصلع في ستره وكذا في قطع ظفيرة
المرأة وفي جنايات القنية بعلامة ح امرأة قطعت ذوابتي امرأة اخرى عند الراس
ومضت سنة فلم يبلغ الذوابتان النهاية القديمة بل بقيت كما قطعت ففيها حكومة
عدل فت قطع ذوابة امرأته حولا كاملا فان نبتت فلا شيء عليه وان لم ينبت
فعليه حكومة عدل وهو اختيار الطحاوي ويستوي الخطأ والعمد في حلق اللحية وشعر
الرأس فيما ذكر من لزوم الدية اذ لا يجب القصاص لانه عقوبة مقدرة فلا يثبت رأيا
وانما يثبت نصا والنص انما ورد في النفس والجراحات وليس هذا في معنى ما ورد فيه
النص حتى يلحق به دلالة لانه لم يتأت فيه ولا يتوهم منه السراية ويؤجل فيه سنة
فان لم ينبت فيها وجبت الدية ويستوي فيه الصغير والكبير والذكر والانثى
فان مات قبل تمام السنة ولم ينبت فلا شيء عليه وكذا الحاجبان اي في حلقهما
دية كاملة وفي احدهما نصف الدية والاهداب جمع هدب وهو ما نبت من الشعر
على اشفار العين على وزن قفل واقفال كذا في المصباح واهداب العينين اربعة
ففي كلها دية كاملة وفي الاثنين منها نصف الدية وفي الثلاثة منها ثلاثة ارباع
الدية وفي واحد منها ربع الدية وهذا لانها تتعلق بها دفع الاذى والقذى عن العين
وتفويت ذلك ينقص البصر ويورث العمى وفيه ايضا تفويت كمال الجمال وفي العينين
تمام الدية وفي احدهما نصف الدية وفي الاذنين وفي الشفتين وفي ثدي المرأة وفي
اليدين وفي الرجلين وفي اشفار العينين اي في كل واحد منها تمام الدية وفي واحد
من كل واحد منها مما كان اثنين نصف الدية لما ذكرناه الاشفار جمع شفر مثل
قفل واقفال وهي اطراف العين التي تنبت عليها الشعر والعامة تجعل اشفار العين

الشعر وهو غلط فانما الشعر هو الاهداب كذا فى المصباح والاشفار اربع ففى كل شعر
ربع الدية وفى كلها تمام الدية وفى كل واحد مما هو اثنان فى البدن كالحاجبين والعينين
والاذنين والشفتين والثديين واليدين والرجلين نصف الدية ومما هو اربعة
ربعها وهى الاهداب والاشفار وفى كل اصبع من يد او رجل عشرها يعنى فى كل من
اصابع اليد وهى عشرة تمام الدية وفى قطع واحد منها عشر الدية لما ذكر وكذا فى اصابع
الرجل وفى كل مفصل منها اى من الاصابع مما فيه مفصلان نصف عشرها ومما فيه
مفاصل ثلاثة ثلثه اى ثلث دية الاصبع وفى كل سن نصف عشرها اى عشر الدية
وهى خمس من الابل فكانت الاعضاء خمسة انواع فمنها ما هو افراد ومنها ما هو اثنان
ومنها ما هو ارباع ومنها ما هو اعشار كالاصابع ومنها ما هو زائد عليه كالمفاصل
والاسنان وكل عضو ذهب نفعه ففيه ديته وان وصلية كان قائما كيد شلت
وعين ذهب ضوءها لان الحكم يتعلق بتفويت جنس المنفعة لا بتفويت الصورة
فصل لا قود فى الشجاج هى بكسر الشين جمع شجة مثل كلبة وكلاب الشجة الجراحة
وانما تسمى بذلك اذا كانت فى الوجه او الرأس كذا فى المصباح الشجاج عشرة كما ذكر فى
الكتاب لا قود فى كلها الا فى الموضحة ان كانت عمدا لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم
قضى بالقصاص فى الموضحة ولانه يمكن ان ينهى السكين الى العظم فيتساويان فيتحقق
القصاص لامكان حفظ المماثلة بخلاف بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيها
لانه لا حد ينهى السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه
لقوله صلى الله عليه وسلم لا قصاص فى عظم هذا رواية الحسن عن ابى حنيفة وفى ظاهر
الرواية يجب القصاص فيما دون الموضحة على ما سيصرح به فى الكتاب لانه يمكن
اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف التلف كالجائفة فيسبر
غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع منها مقدار ما قطع فيتحقق
استيفاء القصاص بذلك وفيها اى فى الموضحة حال كونها خطأ نصف عشر الدية
لقوله صلى الله عليه وسلم فى الموضحة خمس من الابل قال فى شرح النقاية للقهستانى والمتبادر

والمتبادر ان يكون المشجوج غير اصلع والا ففيها حكومة عدل لان جلده انقص
زينة من غيره كما فى الذخيرة وهى اى الموضحة التى توضح العظم اى تبينه
وفى الهاشمة وهى التى تهشم اى تكسر العظم عشرها اى عشر الدية وهو
عشرة من الابل سواء كان اصلع او غيره كذا فى شرح النقاية ثم ذكر نقلا عن
المنتقى انه لو كان اصلع ففيه ارش دون ارش الهاشمة وانما لم يقيد
الهاشمة وما بعدها بالخطأ كما قيد الموضحة لان كل شجة لا قود فيها فالعمد
والخطأ فيه سواء كما فى الذخيرة وفى المنقلة وهى التى تنقل من النقل والتحويل
من موضع الى موضع العظم اى بعد الكسر عشرها راجع الى الدية ونصفه
راجع الى العشر اى فيها عشر الدية ونصف عشر الدية وهى خمسة عشر من الابل
وفى الآمة بالمد وهى التى تصل الى ام الدماغ وهى الجلدة التى تحت العظم فوق
الدماغ كما فى الظهيرية ثلثها اى ثلث الدية لما ورد فيه من الاحاديث وبعد
الآمة شجة تسمى الدامغة بالغين المعجمة وهى التى تخرق الجلدة التى تسمى ام
الدماغ وتصل الى الدماغ لم يذكرها محمد لان النفس لا تبقى بعدها حيا
عادة فيكون قتلا لا شجة ولهذا لم يذكرها المصنف وكذا فى الجائفة اى فيها
ثلث الدية ايضا للحديث وهى التى وصل الى الجوف انما غير الاسلوب فيها
حيث اتى باسم الاشارة لانها ليست من الشجاج لان الشجاج تختص بالرأس
والوجه على ما سيصرح به فكان ذكرها فى فصل الشجاج استطراديا فلذا غير
الاسلوب فان نفذت الجائفة الى الجانب الاخر فهما اى ما فى الجانبين جائفتان
احديهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر ويجب ثلثاها لان فى
كل جائفة ثلث الدية فيكون فى الجائفتين ثلثاها وفى كل من الحارصة
بالحاء المهملة بعدها راء وصاد مهملتين وهى التى تشق الجلد ولا يخرج
الدم والدامعة بالعين المهملة لان الدامغة بالغين المعجمة لم يذكر فى الكتاب

على ما ذكرناه وهى عطف على الحارصة وهى التى تخرج منه اى من البدن دما يشبه
الدمع اى لا يسيل بل يجتمع فى موضع الجراحة كالدمع فى العين والدامية عطف
على الدامعة او الحارصة وهى التى تسيل الدم فصلا فوق الدامعة والباضعة وهى
التى تبضع اى تقطع الجلد ماخوذ من البضع بمعنى القطع والمتلاحمة وهى التى تاخذ
فى اللحم اى تقطعه بعد قطع الجلد والسمحاق وهى التى تصل الى السمحاق وبين السمحاق
بقوله وهى جلدة فوق العظم تصل اليها الشجة تسمى هذه الشجة سمحاقا ايضا
حكومة عدل مبتدأ تقدم عليه قوله وفى كل من الحارصة اى فى كل من هذه الستة
من الشجاج حكومة عدل اذ ليس فيها ارش مقدر شرعا ولا يمكن اهدارها بالكلية
فيجب فيها حكومة عدل وهو مروى عن النخعى وعمر بن عبد العزيز ورواه الحسن
عن ابى ح وعند محمد فيها اى فى الستة المذكورة من الحارصة الى السمحاق القصاص
فى العمد كالموضحة وهو ظاهر الرواية وفى الزيلعى وهو الاصح والشجاج تختص
بالوجه والراس وهى عشرة ضابطها ان قطع الجلد لا بد منه فى الشجة وبعد
قطع الجلد اما ان يظهر الدم اولا والثانى هو الحارصة والاول اما ان يسيل الدم
بعد الاظهار اولا والثانى هو الدامعة والاول اما ان يقطع بعض اللحم اولا والثانى
هو الدامية والاول ان يكون قطع اكثر اللحم الذى بينه وبين العظم اولا والثانى
هو الباضعة والاول اما ان اظهرت الجلدة الرقيقة الحائلة بين اللحم والعظم
اولا والثانى هو المتلاحمة والاول اما ان يقتصر على الاظهار او يتعدى والاول هو
السمحاق والثانى اما ان يقتصر على اظهار العظم اولا والاول هو الموضحة والثانى اما ان
يقتصر على كسر العظم اولا والاول هو الهاشمة والثانى اما ان يقتصر على نقل العظم
وتحويله من غير وصوله الى الجلدة التى بين العظم والدماغ أم لا فالاول هو المنقلة
والثانى هو الامة وهى العاشرة كذا فى العناية والجائفة تختص بالجوف والجنب
والظهر والصدر ايضا فعلى هذا يكون ذكرها فى فصل الشجاج استطرادا وما

وما سوى ذلك اى الشجاج والجائفة مما كان فى اليد والساق والرجل جراحات
وفيها حكومة عدل وهى اى حكومة عدل ان يقوم من التقويم اى يقوم المجروح
حال فرضه عبدا بلا هذا الاثر من الجراحة ومعه اى ويقوم مع هذا الاثر فما نقص
من قيمته وجب بنسبته اى مقدار نسبة ما نقص من قيمته من ديته متعلق بوجب
توضيحه انه يفرض ان هذا الحر عبد وقيمته بلا هذا الاثر الف درهم مثلا ومعه تسعمائة
فما نقص من قيمته مائة درهم وهو عشر الالف التى هى قيمته فيؤخذ عشر الدية وهو الف
درهم لان الدية عشرة الاف درهم وعشرة الف فيؤخذ منها لانه قيمة الحر دينه وان
كان ما نقص من القيمة ثلث عشر القيمة يجب ثلث عشر الدية وان كان ربع عشر القيمة يجب
ربع عشر الدية وهكذا هو التفسير هو المروى عن الطحاوى وبه يفتى على ما فى قاضيخان
وقال الكرخى ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب مقدار ذلك من نصف
عشر الدية يعنى ان هذه الشجة لو كانت باضعة مثلا فانه ينظر كم مقدار الباضعة من
الموضحة فان كان مقدارها نصف الموضحة يجب فيها نصف ارش الموضحة وان كان ثلث
الموضحة وجب ثلث الموضحة وان كان ربع الموضحة يجب ربع ارش الموضحة وان كان
ثلاثة ارباع الموضحة يجب ثلاثة ارباع ارش الموضحة قال شيخ الاسلام قول الكرخى
اصح لحديث على رضى الله عنه فانه اعتبر حكومة العدل فى الذى قطع طرف لسانه بهذا
الاعتبار ولم يعتبر بالعبيد كما اعتبره الطحاوى وايضا لو اعتبر حكومة العدل بهذا الطريق
الذى اعتبره الطحاوى فربما يكون نقصان القيمة اكثر من نصف عشر الدية فيؤدى الى ان
يوجب فى هذه الشجاج مع كونها دون الموضحة اكثر مما اوجبه الشرع فى الموضحة
وهو محال وقال الصدر الشهيد ينظر المفتى فى هذا ان امكنه بقول الكرخى بان كانت
الجناية فى الوجه والرأس يفتى به وان لم يتيسر عليه ذلك بقول الطحاوى
وان شاء افتى به لانه ايسر وفى اصابع اليد الواحدة وحدها او مع الكف
نصف الدية يعنى ان الارش لا يزيد بسبب الكف لانه تابع لها بل الواجب فيها
وحدها او مع الكف نصف الدية وهذا لان فى كل اصبع عشر الدية لقوله صلى الله عليه وسلم

مطلب
دية الاصابع

في كل اصبع عشر من الابل فكان في خمس اصابع خمسون من الابل وهو نصف الدية ولان في قطع
الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب للارش فوجب فيهما ما وجب في الكف
وهو نصف الدية ومع نصف الساعد نصف الدية وحكومة عدل الاول للاصابع
مع الكف والثاني للزيادة عليها وفي كف فيها اصبع واحدة عشر الدية للاصبع وان
فيها اصبعان فخمسها اي خمس الدية للاصبعين ولا شيء في الكف عند ابي ح وعندهما
يجب الاكثر من ارش الكف ودية الاصبع او الاصبعين ويدخل الاقل فيه يعني اذا كان
في الكف اصبع او اصبعان فقطعهما يجب عشر الدية في الاصبع الواحدة وخمسها في اصبعين
ولا شيء في الكف عند ابي ح وقالا ينظر الى ارش الكف والى ارش ما فيها من الاصابع فيجب
اكثرهما ويدخل القليل في الكثير لان الجمع بين الارشين متعذر اجماعا لان الكل شيء واحد فضمان
الاصبع هو ضمان الكف وضمان الكف هو ضمان الاصبع وكذا اهدار احدهما متعذر لان
كل واحد منهما اصل من وجه اما الكف فلان الاصابع قائمة به واما الاصابع فلانها
هي الاصل في منفعة البطش فاذا كان كل واحد منهما اصلا من وجه رجحنا بالكثرة
ولابي ح ان الاصابع اصل حقيقة لان منفعة اليد وهي البطش والقبض والبسط
قائمة بها وكذا حكما لانه صلى الله عليه وسلم جعل الدية بمقابلة الاصابع حيث اوجب
في اليد نصف الدية ثم جعل في كل اصبع عشرا من الابل ومن ضرورته ان يكون كلها
بمقابلة الاصابع دون الكف والاصل اولى بالاعتبار وان قل ولا يظهر التبع بمقابلة
الاصل ولا تعارض حتى يصار الى الترجيح بالكثرة ولئن تعارضا فالترجيح بالاصل
حقيقة وحكما اولى من الترجيح بالكثرة وعلى هذا لو كان في الكف مفصل واحد من اصبع
واحدة يجب ارش المفصل عند ابي ح في ظاهر الرواية عنه ولا يجب في الكف شيء لان
ارش ذلك المفصل مقدر شرعا وما بقي من الاصل اي الاصابع فهو ولو كان قل ولا يظهر
حكم التبع معه وهو الكف وان كثر وروى الحسن عنه ان الباقي اذا كان دون اصبع
يعتبر اكثرهما ارشا لان ارش ما دون الاصبع غير منصوص عليه وانما ثبت اعتباره
بالمنصوص عليه بنوع اجتهاد وكونه اصلا باعتبار النص فاذا لم يرد النص في حق ارش

ارش مفصل ولا مفصلين اعتبرنا فيه الاكثر والاصح ظاهر الرواية لان ارشه ثبت
بالاجماع وهو كالنص ولو لم يكن في الكف اصبع ولا بعضها يجب عليه حكومة عدل
لا يبلغ ارش اصبع لان قيمة التبع لا تبلغ قيمة المتبوع وان كان فيها اي في الكف
ثلاث اصابع فدية الاصابع الثلاث وهي ثلاثة اعشار الدية لان في كل اصبع عشر الدية
وفي الاصابع الثلاث ثلاثة اعشار ولا يجب في الكف شيء اجماعا لان الاصابع اصل على
ما ذكرناه وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت كلها قائمة بخلاف
ما اذا كانت اصبعا او اصبعين لانه ليس في حكم قيام كل الاصابع لكون القائم
اقل ولهذا وقع الاختلاف بينهم كما تقدم وفي قطع الاصبع الزائدة حكومة عدل
عمدا كان او خطا لانه جزء الآدمي فيجب فيها الارش تشريفا له وليس له ارش
مقدر فيجب حكومة عدل وان لم يكن له نفع ولا زينة كما في السن الزائدة ولا يجب
فيها القصاص وان كان للقاطع اصبع زائدة ايضا لعدم العلم بالمماثلة بينهما وهو
شرط في القصاص وكذا في الشارب ولحية الكوسج اي فيهما حكومة عدل لكن
في لحية الكوسج اختلاف قيل لا شيء فيه مطلقا والاصح التفصيل بانه ان كان على
ذقنه شعرات معدودة فلا شيء فيه وان كان ذلك على الخد والذقن جميعا
ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج
وثدي الرجل بخلاف ثدي المراة لان فيه الدية على ما تقدم وذكر الخصي والعنين
ولسان الاخرس واليد الشلاء والعين العوراء والرجل العرجاء والسن السوداء
اي في جميعها حكومة عدل لما ذكر وكذا في عين الطفل ولسانه وذكره اذا لم تعلم
صحة ذلك اي عينه ولسانه وذكره بما يدل على ابصاره في عينه وبحركة ذكره في صحة
ذكره وكلامه في صحة لسانه واذا علم ذلك بالبينة او باقرار الجاني كان حكمه حكم
البالغ وان انكر الجاني ولم يقم به بينة فالقول قول الجاني وكذا اذا قال لا اعرف
صحته لا يجب عليه الارش كاملا الا ببينة وقال الشافعي يجب الدية كاملا كيف كان
الا اذا عرفت انها غير صحيحة لان الغالب فيها الصحة فاشبه الاذن والمارن

قلنا الظاهر ليس يصلح للاستحقاق وانما يصلح للدفع وان شج رجلا موضحة فذهب
عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية لان فوات العقل يبطل منفعة جميع
الاعضاء فيدخل ارشها في دية العقل كما دخل في دية النفس فيما اذا شج موضحة
ثم قتل وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط وتجب الدية
بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد وهو فوات الشعر فيدخل الجزء في الكل كما اذا
قطع اصبع رجل فشلت يده كلها ولا فرق في هذا بين ان يكون الجناية عمدا او خطأ
كذا في الزيلعي وان ذهب سمعه او بصره او كلامه لا يدخل اي لو شجه موضحة فذهب
احد هذه الاشياء لا يدخل ارش الموضحة في ارش هذه الاشياء عند ابي ح ومحمد وقال ابو يوسف
يدخل ارش الموضحة في دية السمع والكلام ولا يدخل في دية البصر لانه ظاهر فلا يلحق
بالعقل فلا يدخل فيه ارش الموضحة بخلاف السمع والكلام ولا يدخل في دية البصر لانها
ظاهر فلا يلحق بالعقل فلا يدخل فيه ارش الموضحة بخلاف السمع والكلام فانهما
مبطنان فيلحقان بالعقل فيدخل فيهما ارش الموضحة كما يدخل في دية العقل ولهما
ان كل واحد من هذه المنافع اصل بنفسه فيتعدد الحكم بتعددها ولا يدخل بعضها
في بعض لان العبرة لتعدد اثر الفعل لا لاتحاد الفعل بخلاف العقل لان منفعته تعود
الى كل الاعضاء فصار كالنفس وان ذهب اي ان شجه موضحة وذهب بها اي بالشجة
الموضحة عيناه فلا قصاص ويجب ارشهما اي ارش الموضحة وارش العينين عند
ابي ح وعندهما يجب القصاص في الموضحة اذا كانت عمدا والدية في العينين والاصل
هنا عند ابي ح ان الفعل الواحد اذا اوجب مالا في البعض سقط القصاص سواء كانا
عضوين او عضوا واحدا وعندهما في العضوين يجب القصاص مع وجوب المال وان كان
عضوا واحدا لا يجب لهما ان الفعلين وقعا في محلين مختلفين فيكون جنايتين لان
الفعل يتعدد بتعدد اثره فكان كجنايتين مبتدأتين والشبهة في احدهما لا يتعدى
الى الاخرى كمن رمى الى رجل سهما عمدا فاصابه ونفذ السهم الى غيره فقتله يجب
القصاص في الاول والدية في الثاني ولابي ح ان الجزاء بالمثل والجرح الاول سار وليس

وليس في وسعه الجرح الساري فيسقط القصاص لعدم امكان المماثلة بينهما ويجب
المال ولان الفعل واحد حقيقة وهي الحركة الثابتة حالة الشج وكذا محل الجنايتين
متحد من وجه لاتصال احدهما بالاخر ونهاية الجناية لم توجب القصاص بالاتفاق
فاورثت نهايتها شبهة الخطأ في بدايتها نظرا الى اتحادهما فلم يجب القصاص بخلاف
النفسين لان احدهما ليس من سراية الاخر فان الفعل في النفس الثانية بطريق
المباشرة على حدة ليس من سراية الجناية على النفس الاولى كما هو كذلك فيما نحن
فيه اذ لا يتصور السراية من نفس الى نفس اخرى فيجعل كل واحد منهما جناية مستقلة
فتتعدد الجناية لان السراية انما يتصور في نفس واحدة لا في نفسين وبخلاف
ما اذا وقع السكين خطأ باضطرابه على الاصبع الاخر فقطعه لان القطع في الاصبع
الاخر ليس بالفعل الاول ولا باثره بل بفعل اخر مقصود فتفرد بحكم ولا قصاص في
اصبع قطعت عمدا فشلت اصبع اخرى جنبها بل يجب دية كل من الاصبعين
لانهما عضوان مستقلان هذا عند ابي ح وعندهما يقتص في المقطوعة وتجب الدية
في الاخرى ووجه الطرفين ما ذكر في المسئلة الاولى من الطرفين ولو قطع مفصلها
الاعلى فشل ما بقي من الاصبع فلا قصاص بالاتفاق بل الدية فيما قطع وحكومة
عدل فيما شل لانه لا يمكن ان يجعل فعلين مبتدأين لاتحاد المحل والفعل فلا
وجه لايجاب القصاص اصلا فيجب الدية في المفصل لكونه مقدرا شرعا وحكومة عدل
فيما شل لعدم التقدير فيه شرعا ولا قصاص ايضا لو كسر نصف سن فاسود
باقيها بل دية السن كلها بالاجماع كذا في الكافي والزيلعي والهداية وكذا لو احمر
واخضر او اصفر قال في الخلاصة ثم فيما اخضرت او اسودت او احمرت انما
تجب الدية اذا فاتت منفعة المضغ والا فلو كان السن مما يرى في حال التكلم تجب
الدية ايضا والا فلا شيء فعلى هذا لا يبقى كلام الكافي والزيلعي والهداية على اطلاقه
ثم المص لم يفرق بين الاصفرار وغيره من الالوان المذكورة ومنهم من فرق
والاصح ما اختاره المص من عدم الفرق ولو اسودت كلها بضربة وهي اي السن

قائمة فالدية في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله قال في قاضيخان رجل ضرب سن
رجل فاسودت فجاء آخر فنزعها كان على الاول ارش تمام خمسمائة وعلى الثاني حكومة
عدل ولو قلعت سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط ارشها عند ابي ح خلافا لهما
فالا يجب عليه ارش السن كاملا لان الجناية وقعت موجبة له والذي نبتت نعمة
مبتداة من الله تعالى فصار كما لو اتلف مال انسان فحصل للمتلف عليه مال آخر فانه
لا يسقط عن المتلف الضمان فكذا هذا ولابي ح ان الجناية قد زالت معنى ولهذا
لو قلع سن صبي فنبتت مكانها اخرى لا يلزمه شيء بالاجماع وهذا لان الموجب فساد
المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها سن اخرى فلم تفت المنفعة به ولا الزينة
وعن ابي يوسف انه يجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل هذا اذا نبت مثل الاولى
وان نبت معوجة فعليه حكومة عدل عند ابي ح ولو نبت الى النصف فعليه نصف
الارش وفي سن الصبي يسقط الارش اجماعا والفرق ان سن الصبي يخرج وينبت
مكانها اخرى غالبا وان اعاد الرجل سنه المقلوعة الى مكانها فنبتت عليها اللحم
لا يسقط ارشها اجماعا لان هذا الالتحام لا يعتد به اذ العروق لا تعود وفي النهاية
قال شيخ الاسلام هذا اذا لم تعد الى حالتها الاولى بعد الثبات في المنفعة والجمال
واما اذا عادت فلا شيء عليه كما لو نبتت وكذا لو قطع اذنه فالصقها فالتحمت
اي لا يسقط ارشها اجماعا لما ذكرناه ومن قلعت سنه فاقتص من قالعها ثم نبتت
سن المقتص له فعليه اي على المقتص له دية سن المقتص منه لانه بالنبات تبين
انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها
اخرى فانعدمت الجناية ويستأنى اي يؤجل في اقتصاص السن والشجة
الموضحة حولا فاذا مضى الحول ولم ينبت السن ولم يبرأ الموضحة قضينا
بالقصاص ثم اذا نبت تبين انا اخطأنا فيه وكان الاستيفاء بغير حق غير انه
يسقط القصاص للشبهة فتجب الدية على المقتص له للمقتص منه وفي النهاية الصحيح
انه يستأنى في سن البالغ حتى يبرأ لان نباته نادر ولا يفيد تاجيله الى سنة فيؤخر

فيؤخر الى البرء لتعلم عاقبته وقال في قاضيخان ولو ضرب سن انسان فتحرك ينتظر
حولا وان سقطت لا ينتظر حولا الا ان يكون صبيا فينتظر حولا لان سن البالغ
لا ينبت الا نادرا وسن الصبي ينبت فينتظر حولا فان لم ينبت كان عليه ارشها
وقال الحسن يجب حكومة عدل وبه اخذ الفقيه ابو الليث السمرقندي وكذا اي يؤجل
حولا لو ضرب سنه فتحركت وهذا ما ذكرناه من قاضيخان فلو اجل القاضي
حولا فجاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا في سبب سقوطها فان
كان الاختلاف قبل مضي السنة فالقول للمضروب في انه بسبب السقوط ضرب الضارب
وهذا ليفيد التأجيل لان التأجيل سنة ليظهر عاقبة الامر فلو لم يقبل قول المضروب
كان التأجيل وعدمه سواء بخلاف ما اذا شجه موضحة فجاء المشجوج وقد صارت
منقلة فاختلفا حيث يكون القول فيه للضارب لان الموضحة لا يورث المنقلة
اما تحريك السن يؤثر في السقوط فافترقا وان كان بعد مضيها فللضارب
لانه منكر وقد مضى الاجل الذي ضرب فيكون القول له ولو شج رجلا فالتحمت
ونبت الشعر ولم يبق لها اي للشجة اثر يسقط الارش عند ابي ح لان الموجب
هو الشين الذي يلحق بفعله او زوال منفعته وقد زال ذلك بزوال اثره والمنافع
لا تتقوم الا بالعقد كالاجارة الصحيحة او شبهة العقد كالاجارة الفاسدة ولم
يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا يلزمه الغرامة وكذا مجرد الالم لا يوجب
شيئا لانه لا قيمة له وعند ابي يوسف يجب ارش الالم وهو حكومة عدل
لان الشين الموجب وان زال فالالم الحاصل لم يزل وعند محمد اجرة الطبيب
وثمن الدواء لان ذلك لزمه بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله واعطاه
الطبيب والدواء وكذا لو جرحه بضرب فزال اثره اي يسقط ارش الضرب
عند ابي ح ويجب ارش الالم عند ابي يوسف واجرة الطبيب وثمن الدواء عند محمد
وان بقي اثره اي اثر الشجة والجراحة فحكومة عدل بالاجماع لما فيه نوع تفويت
اجزاء ولم يرد له شيء مقدر شرعا ولا اهدار بالكلية ايضا فيلزم الحكومة ولو ضربه

ولو لم يجرح ليس فيه غرامة مالية لعدم تفويت شيء من الاجزاء ولكن فيه
تعزير لما فيه من الحاق الالم فيعزر لعدم الاهدار ولا يقتص لجرح او طرف كقلع
السن او قطع الاذن او موضحة اى شجة موضحة الا بعد البرء وقال الشافعي
يقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس لان الموجب قد تحقق فلا يعطل
بالتاخير ولنا قوله صلى الله عليه وسلم يستانى في الجراحات سنة ولان الجراحات
تعتبر فيها ما لها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس
فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء وكل عمد سقط فيه القود لشبهة كقتل
الاب ابنه عمدا فالدية فيه في مال القاتل في ثلاث سنين وقال الشافعي تجب حالة
لان الاصل انما يجب بالاتلاف يجب حالا والتاجيل للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد
فلا يخفف عنه ولان المال وجب عليه جبر الحق الابن المقتول في نفسه وحقه في نفسه
حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا انه مال وجب بالقتل ابتداء فيكون مؤجلا كدية الخطأ
وشبه العمد وهذا لان القياس تابى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت
شرعا على خلاف القياس وقد ورد به الشرع مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه
لا سيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا ايضا
وكذا كل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل حالا لقوله صلى الله عليه وسلم
لا تعقل العواقل عمدا ولا اعترافا وانما وجب حالا لانه مال وجب بعقد الصلح فاشبه
الثمن في البيع فانه وجب حالا الا اذا شرط فيه التاجيل بخلاف ما تقدم في مسئلة
الكتاب فان المال فيه وجب بالقتل ابتداء لا بعقد الصلح فوجب في ثلاث سنين
وكذا كل جناية اعترف بها الجاني فارشها في مال الجاني لا على العاقلة لما روينا ولانه
لو وجب في مال العاقلة لكان اقرارا على الغير وذا لا يجوز لقصور ولايته من العاقلة
فلا يتعدى اقراره من نفسه اليهم وكذا كل ارش كان اقل من نصف عشر الدية فهو
في مال الجاني لانه لا يؤدي الى الاجحاف والاستيصال بالجاني وتحمل العاقلة عنه لخوف
الاستيصال به فلا حاجة الى تحمل العاقلة عنه كذا في الزيلعي وعمد الصبي والمجنون

مطلب عمد الصبي والمجنون خطأ

والمجنون خطأ وديته على عاقلته ولا كفارة فيه ولا حرمان ارث والمعتوه كالمجنون
وقال الشافعي عمده عمد فتجب الدية في ماله لان العمد هو القصد وهو ضد الخطأ و
قد تحقق منه القصد ولهذا يؤدب ويعزر والتعزير يكون على العمد لا على الخطأ
وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة لانهم ليسوا من اهل
العقوبة فيجب عليهم موجبه الاخر وهو المال لانهم اهل الوجوب عليهم
فصار نظير السرقة فانهم اذا سرقوا لا يقطع ايديهم ويجب عليهم ضمان
المال لما قلنا ولهذا وجب عليهم التكفير بالمال لانه اهل للغرامة المالية دون
الصوم لعدم الخطاب ولهذا يحرم الميراث عنده بالقتل العمد ولنا
ان صبيا مال على رجل ضعيف فضربه فرفع ذلك الى علي رضي الله عنه فجعل عقله على عاقلته
بمحضر من الصحابة وقال عمده وخطاؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة
والعاقل الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على عاقلته فهؤلاء
وهم اعذر اولى بالتخفيف فتجب على العاقلة اذا كان الارش الواجب
قدر نصف العشر او اكثر بخلاف ما دونه لانه يسلك به مسلك
الاموال كما في البالغ العاقل ولا نسلم تحقق العمد منهم لانه عبارة عن
القصد وهو يترتب على العلم والعلم بالعقل الكامل وهم عديم العقل
او قاصره فلا يتحقق منهم القصد فصاروا كالنائم وحرمان الميراث
عقوبة ولم ليسوا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة للذنب
ولا ذنب لهم تستره لانهم مرفوع القلم **فصل** ومن ضرب بطن امرأة
حرة لان حكم الامة سيأتي بيانه فالقت تلك المرأة جنينا على وزن دليل هو
اسم ولد ما دام في الرحم كذا في المغرب قيل سمي بذلك لاستتاره فاذا ولد
فهو منفوس كذا في المصباح ميتا فعلى عاقلته اى عاقلة الضارب غرة
الغرة الخيار من المال كالفرس والبعير النجيب والعبد والامة الفارهة
وقيل انما سمي ما يجب في الجنين من الارش غرة لانها اول مقدر ظهر في باب

الدية وغرة الشيء اوله كما سمي اول الشهر غرة وبين الغرة بقوله خمسمائة
درهم سواء كان الجنين ذكرا او انثى وفسر بعضهم الغرة بنصف عشر الدية
وقالوا هذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المراة وكل منهما خمسمائة درهم
لان نصف العشر من دية الرجل وهي عشرة الاف درهم هو العشر من دية
المراة وهي خمسة الاف درهم وهذا استحسان والقياس ان لا يجب في الجنين
شيء لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في
جنين البهيمة شيء الا نقصان الام ان نقصت الام والا فلا يجب شيء اصلا
كما في الخانية حيث قال فيها ولو ضرب بطن بهيمة فالقت جنينا ميتا فانه
لا يضمن في الجنين شيئا ويضمن نقصان الولادة ان نقصتها الولادة والقياس
ان يجب كمال الدية لانه بضربه منع حدوث الحياة فيه فيكون بذلك كالمزهق
للروح ولهذا المعنى وجب قيمة ولد المغرور فانه منع من حدوث الرق فيه
وكذا وجب قيمة بيض الصيد بكسره وجه الاستحسان ما روي ان امراة من
هذيل ضربت بطن امراة بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقضى في دية جنينها غرة عبدا او امة قيمته خمسمائة وقضى
بدية المراة على عاقلتها رواه في الصحيحين فان القته حيا فمات فدية كاملة
لانه اتلف آدميا خطأ او شبه عمد فيجب فيه الدية الكاملة وان القته ميتا
وماتت الام فغرة للجنين الميت ودية كاملة للام لما ذكرناه وان ماتت الام
اولا فالقته حيا فمات فديتها وديته اي تجب عليه ديتان دية الام ودية
الجنين لانه قتلهما فصار كما اذا القته حيا وماتا وان القته بعد موتها
ميتا فديتها فقط اي تجب دية الام لا دية الجنين لان موت الام سبب لموته
ظاهرا لان حياته بحياتها وتنفسه بتنفسها فيختنق بموتها فلا يكون
في معنى ما ورد فيه النص ولم يذكر حال جنينين ميتين وذكر في عتاق الاشباه
لو ضرب بطن امراة فالقت جنينين فخرج احدهما قبل موتها والاخر بعد

موتها وهما ميتان قضي للاول غرة فقط انتهى وما يجب في الجنين يورث عنه
اي عن الجنين اي يرثه ورثته لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرث منه الضارب
فلو ضرب بطن زوجته فالقت جنينا ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث
منها الزوج وانما يرث باقي الورثة وفي جنين الامة نصف عشر قيمته
اي قيمة الجنين على تقدير كونه حيا لو كان الجنين ذكرا وعشر قيمته لو كان
انثى وقال يجب فيه عشر قيمة الام لانه جزء منها من وجه وضمان الاجزاء
يؤخذ مقدارها من الاصل ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالاجماع
وهو الغرة ولنا انه بدل نفسه فلا يقدر بغيره اذ لا نظير له في الشرع
والدليل على انه بدل نفسه لا ضمان الاطراف انهم اجمعوا على انه لا يشترط
فيه نقصان الاصل ولو كان ضمان الطرف لم يجب فيه شيء الا نقصان الاصل
ان نقص الاصل والا فلا يجب شيء اصلا فاذا كان ضمان النفس كانت ديته مقدرة
بنفس الجنين لا بنفس غيره كما في سائر المضمونات ولا نسلم ان الغرة في جنين
الحرة مقدرة بدية الام بل بدية نفس الجنين اي لو كان حيا فيجب نصف عشر
ديته ان كان ذكرا او عشر ديته ان كان انثى فكذا في جنين الامة تجب تلك
النسبة من قيمته لان كل ما كان مقدرا من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد
فيجب نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان انثى وطريق معرفة قيمته
ان يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيئته لو كان حيا فينظر كم قيمته
فيجب نصف عشر ذلك ان كان ذكرا وعشره ان كان انثى كما اطلقه ولا بد من التقييد
بعدم كون الحمل من المولى ولا من المغرور لانه لو كان من المولى او من المغرور لزمت الغرة
كما في جنين الحرة لكونه حرا كذا في العناية والزيلعي ولو ضاع الجنين ووقع النزاع
في قيمته بين الضارب ومولى الامة المضروبة فالقول للضارب لانه ينكر الزيادة
والقول للمنكر كمن قتل عبدا خطأ ولم يشاهده القاضي حتى عجز عن تقويمه باعتبار
حاله وهيئته لو كان حيا ووقعت النزاع بين القاتل ومولى المقتول فالقول قول القاتل

مع يمينه لانكاره الزيادة فكذا هنا وعند ابي يوسف هكذا في النسخ ولو قال وعن
ابي يوسف بدل عند لكان اولى لان هذا رواية غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف لان ظاهر
الرواية عنه مثل ما روي عن ابي حنيفة ومحمد كذا في العناية ان نقصت الام ضمن نقصانها
اي الام والا فلا ضمان وجه هذه الرواية عنه انه اعتبر بجنين البهيمة فان ضربت
على صيغة المجهول فحرر سيدها حملها اي بعد الضرب فالقته اي الحمل حيا فمات
تجب قيمته حيا لا ديته وان مات بعد العتق لان وجوب الارش عليه بضربه والضرب
صادفه وهو رقيق وقت المصادفة فتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا اياه وهو
حي فنظرنا حالتي السبب والتلف فاوجبنا عليه القيمة باعتبار حالة السبب وهو الضرب
لانه رقيق ح واوجبنا عليه جميع القيمة حال كونه حيا باعتبار حالة التلف قيل
هذا عندهما وعند محمد تجب قيمة ما بين كونها مضروبة الى كونها غير مضروبة
يعني يجب تفاوت ما بينهما حتى لو كانت قيمتها غير مضروبة الف درهم وقيمتها مضروبة
ثمانمائة درهم يجب على الضارب مائتا درهم وهذا لان العتق قاطع للسراية على
ما سيأتي في جناية المملوك وعليه نظيره انه لو قطع يد عبد او جرحه فاعتقه
المولى ثم مات العبد يجب عليه ارش اليد او الجرح وما نقص من قيمته الى العتق
ولا كفارة في الجنين وقال الشافعي تجب فيه الكفارة لانه نفس من وجه فيجب
الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة لانها شرعت زاجرة وفيها
معنى العبادة ايضا لانها تتادى بالصوم وقد عرف وجوبها في النفوس المطلقة فلا
تتعداها لان العقوبة لا تجري فيها القياس وقول الشافعي متناقض لانه اعتبره
جزء حتى اوجب عليه عشر قيمة الام كما تقدم من قبل وهنا اعتبره نفسا حتى اوجب
فيه الكفارة لان الاعضاء لا كفارة فيها والمستبين بعض خلقه كتام الخلق
في جميع الاحكام المذكورة وان شربت المرأة دواء او عالجت فرجها لتطرح جنينها
فالغرة على عاقلتها ان فعلت بلا اذن ابيه اي اب الجنين وان باذنه فلا يجب
شيء لانها اتلفته متعدية عند عدم اذن ابيه يجب عليها ضمانه لابيه ويتحمل

مطلب اسقطت المرأة حملها عمدا هل تضمن

ويتحمل عنها عاقلتها ولا ترث المرأة من الغرة شيئا لانها قاتلة بغير حق والقاتل لا يرث
بخلاف ما اذا فعلت باذن الزوج لا يجب شيء لعدم التعدي منها **باب ما يحدث
في الطريق** من احدث في طريق العامة كنيفا وهو المستراح او ميزابا وهو مجرى
الماء يركب في الحائط على السطوح او جرصنا قيل هو البرج وقيل جذع يخرجه
الانسان من الحائط ليبني عليه او دكانا وسعه ذلك اي جاز احداث هذه الاشياء
لانه تصرف فيما له فيه حق التصرف لكنه لا مطلقا بل ان لم يضر بهم اي بالعامة مسلما
او ذميا ممن له حق المرور في ذلك الطريق وان اضر بهم لا يجوز له احداثه لقوله
صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولكل منهم اي من العامة مسلما
او ذميا ذكرا او انثى نزعه اي نقضه لان كلا منهم صاحب الحق بالمرور فيه بنفسه
وبدوابه واعلم ان الكلام في هذه المسئلة في ثلاثة مواضع احدها في انه هل يحل
له احداثه في الطريق ام لا والثاني في الخصومة في منعه من الاحداث فيه ورفعه
بعد الاحداث والثالث في ضمان ما يتلف بهذا الاحداث اما الاول فقد قالوا ان كان
الاحداث يضر باهل الطريق ليس له احداثه وان كان لا يضر بهم لسعة الطريق
جاز له ذلك ما لم يمنع منه وان منع منه فلا هكذا ذكره في الزيلعي نقلا عن شمس الائمة
واما الثاني فقد اختلفوا فيه فقال ابو حنيفة لكل واحد من عرض الناس ان يمنعه من
الوضع وان يكلفه بالرفع سواء كان فيه ضرر او لم يكن اذا وضع بغير اذن الامام
لافتياته على رايه لان التدبير في امور العامة الى الامام وقال ابو يوسف لكل احد
ان يمنعه من الوضع قبل الوضع لا بعده لانه بالوضع صار في يده خاصة والذي
يخاصمه بعد ذلك يريد ابطال حقه الخاص من غير دفع ضرر عن نفسه فيكون
متعنتا ولا كذلك قبل الوضع لانه ليس فيه ابطال يده الخاصة ولكل احد
يد فيه والذي يريد الاحداث بقصد ابطال ايديهم وابطال يده الخاصة فكان
لكل احد ان يمنعه من ذلك وقال محمد ليس لاحد ان يمنع قبل الوضع ولا بعده واذا
لم يكن فيه ضرر بالناس لانه مأذون له في احداثه شرعا الا ترى انه يجوز له

ذلك ان لم يمنعه احد والمانع منه متعنت فلا يمكن من ذلك فصار كما لو اذن له
الامام بل اولى لان اذن الشارع فوق اذن الامام وقال اسمعيل الصفار وانما يخاصم
بالنقض والرفع من لم يكن له مثل ذلك وان كان له مثل ذلك فلا يلتفت الى خصومته
لانه لو اراد ازالة الضرر عن المسلمين لبدء بنفسه وحيث لم يزل ما في قدرته
علم انه متعنت فكلام المص ظاهر في قول ابي ح لكنه لا بد فيه من قيد الوضع
بغير اذن الامام واما الثالث فسياتي بيانه في الكتاب وفي الطريق الخاص
وذلك بان تكون سكة غير نافذة لا يسعه اي لا يجوز احداث شيء مما ذكر من
الكنيف والميزاب والجرصن بلا اذن الشركاء وان وصلية لم يضر لان هذا
الطريق ملك لاهله وهم الشركاء ولهذا يستحقون بها الشفعة والتصرف
في الملك المشترك من الوجه الذي لم يوضع له لا يملكه الا باذن الكل اضر بهم او
لم يضر بخلاف طريق العامة لانه ليس لاحد منهم فيه ملك بل لكل واحد
منهم حق الانتفاع فيجوز الانتفاع به ما لم يضر باحد اهل هذا الطريق اذا
ارادوا ان ينصبوا على راس سكتهم دربا ويسدوا راس السكة ليس لهم
ذلك لان مثل هذه السكة وان كانت ملكا ظاهرا لهم لكن للعامة فيها نوع
حق ايضا وهو انه اذا ازدحم الناس في الطريق كان لهم ان يدخلوا في تلك السكة
حتى يخف الزحام ذكره في نوادر ابن رستم وقد ذكرنا ما يتعلق بهذا في آخر كتاب
القضاء وعلى عاقلته اي على عاقلة من احدث في الطريق كنيفا او ميزابا او جرصنا
دية من مات بسقوطها اي سقوط هذه الاشياء فيهما اي في طريق العامة وفي
الطريق الخاص يحتمل ان يكون ظرفا مستقرا او ان يكون ظرفا لغوا للسقوط وهذا
لان المحدث فيهما متسبب لهلاكه متعد في احداث ما يضر بالعامة والخاصة فيضمن دية
من مات به وكذا لو عثر اي سقط بنقضه اي بنقض ما احدث فيما نسك فعلى عاقلة
المحدث ديته لما ذكرناه وان وقع العاثر على اخر فماتا فالضمان اي ديتهما على من احدث
لان الواقع كالمدفوع من جهة المحدث على الاخر وان اصابه طرف الميزاب الذي في الحائط

في الحائط فلا ضمان على من احدث لانه وضع ذلك في ملكه فلا يكون متعديا في وضعه
وان اصابه الطرف الخارج عن الحائط ضمن الواضع فيعقل عنه عاقلته لانه متعد فيه
بشغل هواء الطريق كمن حفر بئرا او وضع حجرا في الطريق فتلف به انسان فديته على
عاقلته فكذا ما نحن فيه وان اصابه وسطه يضمن ايضا كذا في البزازية وان اصابه
الطرفان وعلم وجب النصف وهدر النصف فصار كما اذا جرحه سبع وانسان
ومات منهما وان لم يعلم اي طرف اصابه ففي القياس ان لا يجب عليه شيء لانه ان اصابه
ما كان خارجا يضمن وان اصابه ما كان داخلا لا يضمن فلا يضمن بالشك وفي
الاستحسان يضمن النصف لانه في حال يضمن الكل وفي حال لا يضمن شيئا فيضمن
النصف وان تلف به بهيمة فضمانها اي البهيمة في ماله اي لا على العاقلة لان
العاقلة تتحمل للنفس دون المال والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق كوضع
الحجر في الحكم المذكور حتى لو تلف به انسان فديته على عاقلة الملقي ولو تلف بها البهيمة
فضمانها في ماله وهذا كله اذا فعله بلا اذن الامام فان فعل شيئا من ذلك من احداث
الكنيف والميزاب وحفر البئر ووضع الحجر والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق
باذنه فلا ضمان لانه صار مأذونا فيه ممن له ولاية الاذن فلم يكن متعديا وكذا لا ضمان
اذا فعل شيئا من ذلك في ملكه لعدم التعدي ايضا وكذا اذا كنس الطريق فعطب
بموضع كنسه انسان كما سيجيء ذكره ولو مات الواقع في البئر جوعا او غما اي
الخناق بعفونة الهوى وفي الصحاح يقال يوم غم اذا كان يأخذ النفس من شدة
فلا ضمان على حافره وان وصلية بلا اذن الامام وعند محمد عليه الضمان وكذا عند
ابي يوسف في الغم لا في الجوع لانه لا سبب للغم سوى الوقوع في البئر واما الجوع
وكذا العطش فلا يختص بالوقوع في البئر لجواز ان يكون له سبب اخر فلا يتيقن
بسبب التلف فلا يضمن به ولمحمد ان الموت حصل بسبب الوقوع فيه ولولا ذلك لتناول
الخبز والماء فيضمن مطلقا ولابي ح انه مات بمعنى في نفسه والضمان انما يجب اذا مات
من الوقوع فيه لا لمعنى في نفسه وان وضع في الطريق حجرا فنحاه اخر اي عن موضعه

فضمان ما تلف به من النفس او المال على الثاني اي المنحي لان فعل الاول قد انفسخ بفعل المنحي لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني موضع اخر فالضمان عليه ولو اشرع جناحا في دار اي الى الطريق ثم باعها اي الدار فضمان ما تلف به من النفس او المال عليه اي على البايع اي صاحب الدار لان فعله وهو اشراع الجناح لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب للضمان لكن اذا تلف به انسان فعلى عاقلته وان تلف به مال فالضمان في ماله لما تقدم ان العاقلة لا يعقل عنه المال وانما يعقل النفس وكذا لو وضع خشبة في الطريق ثم باعها اي الخشبة وبرئ اي البايع منها اي من الخشبة الى المشتري فتركها اي الخشبة المشتري فضمان ما تلف بها اي الخشبة على البايع لما ذكرناه من ان فعله لم ينفسخ بزوال الملك نظيره حفر بئرا في الطريق ثم كبسها بالطعام ثم جاء آخر وحفرها باخراج الطعام عنها فوقع فيها انسان وتلف يضمن الاول لا الثاني لان بالكبس الثاني لم ينفسخ فعل الاول ولم يزل عنها اسم البئر الا ترى انه يقال بئر مملو من الطعام وكذا لو حفر ثم غطى رأسه ثم جاء آخر وفتحها فوقع فيه انسان وحيوان فالضمان على الاول لا على الثاني لما ذكرناه بخلاف ما لو حفر بئرا ثم كبسها بتراب او باجزاء الارض ثم جاء اخر وحفرها فوقع فيه انسان وتلف فالضمان على الثاني لان فعل الاول قد انفسخ بالكبس باجزاء الارض ثم المراد بالطريق طريق العامة لان الطريق الخاص لكل واحد من اهله وضع الخشبة فيه كما في البزازية عن الاصل اذا كان الطريق غير نافذة لكل احد وضع الخشبة وربط الدابة اما لو حفر او بنى فيها فعطب به شيء يضمن كالدار المشتركة بين الشركاء يضمن بحفر البئر لا بالحفر فيه وعدم لزومه بوضع الخشبة لكن المشايخ فرقوا بينهما في لزوم ضمان النقصان بالحفر فانهم قالوا لو حفر في الدار المشتركة يضمن ما نقص الحفر لان الدار مملوكة لهم على الحقيقة يبيعونها ويقسمونها ولو حفر في الطريق الخاص اي السكة الغير النافذة لا يضمن ما نقصه الحفر وانما يضمن ما تلف بالحفر انسانا او مالا كذا في البزازية والزيلعي

مطلب
الكلام في موقد النار في الطريق

والزيلعي ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا ضمنه لانه متعد فيه ولو احرق بعدما حركته اي عين الجمر لانه لو بقي العين يضمن سواء حركت الشرارة اولم يحرك الريح الى موضع اخر لا يضمن اذ كانت الريح ساكنة عند وضعه لان الريح تنسخ فعله بالتحويل الى موضع اخر بخلاف ما اذا لم تكن الريح ساكنة عند وضعه فانه يضمن وان حولته الريح الى موضع آخر لانه فعل ذلك مع علمه بعاقبته لان الريح لا يخلو عن التحويل وقد افضى اليه فيضمن كما اذا باشره بنفسه هذا التفصيل مختار بعض مشايخنا وبعضهم اطلق الجواب ولم يقيد بكون الريح ساكنة عند وضعه ففي العمادي من وضع في طريق لا يملك شيئا فعثر به مار وهلك فعليه ضمانه ولو زال ذلك الشيء عن موضعه الى موضع اخر لا يؤخذ الواضع بما تولد منه والاصل في جنس هذه المسائل ان يقول كل موضع كان الواضع فيه متعديا في حق الوضع لا يضمن على كل حال اذا تلف بذلك الوضع شيء سواء تلف به وهو في مكانه او بعد ما زال عن مكانه وفي كل موضع لم يكن للواضع فيه حق الوضع اذا عطب بالموضوع فيه شيء ان عطب والموضوع في مكانه لم يزل يضمن الواضع وان عطب بعد ما زال الموضوع عن مكانه ان زال بمزيل نحو ان وضع جمرة في الطريق فهبت الريح وازالتها عن مكانها فاحرقت شيئا لا يضمن الواضع وان كان الزوال عن الموضع لا بمزيل بان وضع جمرة في الطريق ثم جاء اخر ووضع جمرة اخرى في الطريق فتدحرجت احديهما على الاخرى فانكسرتا قال ابو يوسف يضمن كل واحد منهما قيمة جمرة صاحبه وعنه في رواية انه يضمن صاحب الجمرة الغارة في موضعها قيمة الجمرة التي زالت عن موضعها لما ذكر من انه اذا زال عن موضعه لا ضمان فيه واذا ثبت في مكانه يضمن وان دحرجتها الريح ونحتها عن مكانها فعطب بها شيء لا يضمن صاحب الجمرة المدحرجة بخلاف ما لو تدحرجت بنفسها هكذا ذكره قاضي ظهير في فتاواه وقال فيها ايضا انه لا ضمان على الذي تدحرجت

جرته لانه جناية قد زالت وبرئ عن الضمان وان انكسرت الجرة المدحرجة يضمن
قيمتها صاحب الجرة القارة لبقاء جنايته وفي فتاوى النسفي سئل عمن اوقد نارا
في ملك غيره بغير اذنه فتعدت النار الى كدس حنطة او شيء آخر فاحرقته هل يضمن
قال لا ولو احرقت شيئا في المكان الذي اوقد فيه ضمن ولو اوقد النار في ارض نفسه
فتعدت الى ارض غيره فاحرقت شيئا لا يضمن بخلاف ما لو اسال الماء الى ارض
نفسه فسال الى ارض غيره واتلف شيئا ضمن والفرق بينهما ان طبع النار الخمود
والتعدي انما يكون بفعل الريح ونحوه فلم يضف التلف الى فعل الموقد فلم يضمن
ومن طبع الماء السيلان فاضيف السيلان والاتلاف الى فعله فيضمن ومن مشايخنا
من فصل الجواب فقال ان اوقد النار في يوم الريح وهو يعلم ان الريح هبت بها الى
مال غيره فتتلفه يضمن وان اسال الماء الى ارض نفسه وهو يعلم ان ارضه لم تتحمل
ذلك يضمن لكن اصحابنا اطلقوا الجواب كما ذكرناه انتهى هكذا في العمادية وذكر فيه
ايضا تفصيل آخر في هذه المسئلة حيث قال وفي التجريد البرهاني اوقد نارا في داره
واحرقت دار جاره بالسراية ان اوقد نارا يوقد مثله لا يضمن والا يضمن هكذا ذكره شيخ
الاسلام وذكر شمس الائمة السرخسي انه لا يضمن مطلقا بلا تفصيل لانه في ملكه
ثم ذكر تفصيلا في هبوب الريح وقال سئل صاحب المحيط عن مزارع اوقد نارا
في ارضه المملوكة له في يوم الريح ليسخن فاحترق الحشيش وسرت النار الى
الاكداس فاحترقت هل يضمن الموقد اجاب بانه ان كانت الريح وقت الايقاد
بريحا يذهب مثلها مثل تلك النار الى تلك الاكداس يضمن والا فلا وذكر قاضي
ظهير ولو مر بنار في ملكه او ملك غيره فوقعت شرارة منها على ثوب انسان
فاحرقت قال محمد بن الفضل يضمن لانه لم يتخلل بين حمل النار والوقوع على الثوب
واسطة ليكون مضافا الى تلك الواسطة حتى لو اطارت الريح بشرر من النار
فالقتها على ثوب انسان لا يضمن لانه غير مضاف اليه بل الى الريح هكذا ذكره في
النوادر عن ابي يوسف وقال بعض مشايخنا هذا التفصيل فيما اذا مر بالنار في موضع

في موضع ليس له حق المرور وان مر بها في موضع له حق المرور فوقعت منها شرارة
في ملك انسان واحرقته او القاها الريح لا يضمن مطلقا وذكر الناطفي حدادا جلس
في دكانه فاتخذ في حانوته كيرا يعمل به والحانوت الى جانب طريق العامة فاخرج
حديدة من كيره وضربها بمطرقة فتطاير شراره فقتل رجلا او فقأ عين انسان
او احرق شيئا او قتل دابة كان ضمان ما تلف بذلك من المال على الحداد ودية القتيل
والعين يكون على عاقلته ولو لم يدق الحداد ولكن حملت الريح كان ذلك هدرا
ويضمن من حمل شيئا في الطريق ما تلف بسقوطه سواء كان التلف بالوقوع
او العثرة به بعد الوقوع لان حمل المتاع في الطريق على ظهره او رأسه مباح لكنه
مقيد بشرط السلامة كالرمي الى الهدف والصيد وكذا يضمن من ادخل حصيرا
او قنديلا او حصاة الى مسجد غيره بلا اذن فعطب به اي بسقوط شيء منها
احد لان فعله بذلك في مسجد غيره بلا اذن واحد من اهل ذلك المسجد وان كان
مباحا الا انه مقيد بشرط السلامة بخلاف فعله بذلك في مسجد حيه فانه مباح
مطلق غير مقيد بشرط السلامة لان تدبير مسجد حيه لاهله وهو من اهله
ايضا فلا يضمن فيه هذا عند ابي ح خلافا لهما فالا لا يضمن مطلقا سواء كان
مسجد حيه او مسجد غيره لان هذا قربة ولكل احد اقامتها فلا يتقيد بشرط السلامة
كما اذا فعله باذن واحد من اهل ذلك المسجد ولو ادخل هذه الاشياء الى مسجد حيه
وتلف بسقوط شيء لا يضمن اجماعا لانه مباح مطلقا لكونه ماذونا فيه فلا ضمان
وكذا لا يضمن لو تلف شيء بسقوط رداء هو اي المتلف لابسه اي الرداء قيد باللبس
لانه ان كان حاملا له فسقط على انسان فعطب به انسان ضمن والفرق بينهما
ان حامل الشيء يقصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة فيصير
مقيدا به بخلاف اللابس فانه لا يقصد حفظه فلو قيدناه بوصف السلامة
لزم الحرج فجعل مباحا مطلقا ومن جلس في المسجد غير مصل فعطب به
احد بان سقط عليه اعمى فتلف ضمنه لانه متعد في جلوسه لانه انما بني للصلوة

مطلب
الحمال يضمن ما اتلف في الطريق

مطلب
من وضع شيئا في المسجد فهلك به انسان هل يضمن

هذا عند ابي ح خلافا لهما فقالا لا يضمن لما ذكر في الخلاف السابق قيده بغير مصل
لان من جلس مصليا لا يضمن بالاجماع كما سيصرح به ولا فرق في لزوم الضمان
بين جلوسه لاجل الصلوة يعني منتظرا لها او للتعليم اي لتعليم القران او الحديث
او الفقه وغيره من العلوم الدينية او يقرا القران او نام فيه في اثناء الصلوة
وبين ان يمر فيه او يقعد للحديث يعني لاخذ الحديث والا فيدخل في عموم قوله
او للتعليم ولا بين مسجد حيه وغيره يعني يضمن في كلها من غير فرق عند ابي ح
وقالا لا يضمن كذا في الهداية قيل هذا الخلاف اختيار بعض مشايخنا وقال بعضهم
لا خلاف في المسئلة بل لا ضمان بالاتفاق وهو اختيار ابو عبد الله الجرجاني واما المعتكف
فقيل على هذا الخلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف وفي الجالس مصليا لا يضمن اجماعا
وان وصليه من غير اهله لانه بني للصلوة فلا يكون متعديا في جلوسه مصليا
فرضا كانت الصلوة او نفلا ولو استاجر رب الدار عملة لاخراج الجناح او الظلة
فتلف به شيء فالضمان عليهم ان كان قبل فراغ عملهم لان التلف كان بفعلهم لان
العمل لم يكن مسلما الى رب الدار قبل فراغهم منه فانقلب فعلهم قتلا حتى وجب
عليهم الكفارة ويحرمون من الارث بخلاف ما تقدم من اخراج الجناح او الميزاب
الى الطريق فقتل انسانا بسقوطه حيث لا يجب فيه الكفارة ولا يحرم الارث لانه
تسبب وهذا مباشرة والقتل غير داخل في عقده فلم يستند فعلهم اليه فاقتصر عليهم
وان كان بعده فعليه اي على رب الدار وهذه المسئلة على وجوه وهي ان المستاجر
اما ان يقول للعملة اي الاجراء اخرجوا جناحا او ظلة على فناء داري فان لي حقا
في ذلك اي في اخراج الجناح ولم يعلم الاجراء غير ما قال ففعلوا بامره فسقط ذلك
الشيء واصاب شيئا قبل الفراغ او بعده فالضمان عليهم ويرجعون به على الامر قياسا
واستحسانا لان الضمان وجب بامره فلهم ان يرجعوا به عليه كما لو استاجر ليذبح
شاة له ثم استحقت الشاة بعد الذبح فللمستحق ان يضمن الذابح ويرجع به
الذابح على الامر او يقول لهم اخرجوا جناحا على فناء داري واخبرهم انه لا حق

مطلب ولو استاجر رب الدار عملة فتلف به شيء فالضمان على العملة

حق له في ذلك ولم يخبرهم ففعلوا فسقط واتلف شيئا قبل الفراغ من العمل
فعليهم الضمان ولم يرجعوا به على الامر قياسا واستحسانا وان سقط بعد
الفراغ منه فكذلك في القياس لان امرهم بما لم يملك مباشرته بنفسه وقد
علموا بفساد الامر فلم يحكم بالضمان على المستاجر كما لو استاجر ليذبح شاة
جاره فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الامر وفي الاستحسان يكون
الضمان على الامر لان هذا الامر صحيح من حيث ان الفناء مملوك له من وجه على معنى
انه يباح له الانتفاع بشرط السلامة غير صحيح من حيث انه غير مملوك له من
حيث لا يجوز بيعه فمن حيث الصحة يكون قرار الضمان على الامر بعد الفراغ
من العمل ومن حيث الفساد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ منه عملا بهما
واظهار جهة الصحة بعد الفراغ من العمل اولى من اظهارها قبل الفراغ لان الامر انما
صح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من
العمل كذا في العناية والزيلعي وكلام المص هنا ظاهر فيما اذا قال لهم اخرجوا جناحا
على فناء داري ولم يخبرهم ان لا حق له في الاخراج وكلامه في اخر هذا الباب في
مسئلة استيجار الحافر في غير فنائه يشير الى هذا التفصيل ويضمن من صب
الماء في الطريق العام ما عطب به من الانسان او الحيوان وكذا ان رشه
اي الماء بحيث يزلق على صيغة المجهول او توضا به واستوعب الطريق وهذا
لانه متعد فيه بالحاق المضرة بالمارة ومتسبب به فيضمن وان فعل شيئا من
ذلك يعني الصب والرش والتوضا في سكة غير نافذة وهو من اهلها اي من اهل
هذه السكة او قعد فيها اي في هذه السكة او وضع متاعه لا يضمن في هذه الصور
لان لكل واحد من اهل هذه السكة ان يفعل ذلك لكونه من ضرورات السكنى
كما في الدار المشتركة فلم يكن متعديا وكذا اي لا يضمن ان رش ماء لا يزلق عادة
اي ماء قليلا او رش بعض الطريق فتعمد المار المرور عليه اي على موضع صب فيه

الماء لانه ليس بمضطر في المرور عليه لوجدانه موضعا لا اثر فيه للماء فيضاف التلف
اليه لا الى الراش بخلاف ما اذا استوعب الماء الطريق لانه ليس بمضطر في المرور عليه
فلا يضاف التلف الى المار بل الى الراش ووضع الخشبة في الطريق كالرش في
استيعاب الطريق وعدمه فان استوعبت الخشبة الطريق يضمن ما تلف به
وان لم يستوعب فلا ضمان وان رش فناء حانوت باذن صاحبه وهلك به شيء
فالضمان على الآمر استحسانا كما لو استاجره ليبني له في فناء حانوته فتلف به اي
بالبناء شيء بعد فراغه فان الضمان فيه على المستاجر على ما بيناه من قبل فكذا في
رش فنائه باذنه ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لا على
المستاجر لفساد امره لانه امره بما لم يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد
امره لعلمهم بانه لا حق له بالبناء في طريق العامة ولو كنس الطريق لا يضمن
ما تلف بموضع كنسه لانه ليس بمتعد في فعله فانه ما احدث شيئا فيه وانما
قصد دفع الاذى عن الطريق ولو جمع الكناسة في الطريق وتلف به انسان
او دابة ضمن ما تلف لانه صار متعديا بشغله الطريق ولا ضمان فيما تلف
بشيء فعل صفة شيء في الملك لعدم التعدي فيه او في فناء له فيه حق التصرف
بان لم يكن الفناء للعامة ولا مشتركا لاهل سكة غير نافذة لانه اذا كان للعامة
او مشتركا بين اهل سكة غير نافذة يضمن ما تلف به لانه مسبب متعد وقال في الهداية
وهذا صحيح واختلف في معنى الفناء قيل الفناء سعة امام البيوت وقيل ما
امتد من جوانبها وقيل ما اعد لحوايج الدار كربط الدابة وكسر الحطب فان استاجر
من يحفر له في غير فنائه يعني بان كان الفناء للغير او طريقا للعامة لكنه غير مشهور
فحفر له وتلف به شيء فالضمان على المستاجر ان لم يعلم الاجير انه غير فنائه
ولا شيء على الاجير وهذا لان الاجارة صحت ظاهرا اذا لم يعلم انه غير فنائه
فنقل فعله الى المستاجر فيضمن هو وكان الاجير مغرورا من جهته فلا شيء
عليه

عليه لكونه مغرورا وصار هذا كما اذا امر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم
ظهر ان الشاة لغيره الا ان هناك يضمن المامور اي الذابح ويرجع على الآمر
لان الذابح مباشر والآمر مسبب والمباشر مقدم على المسبب فيضمن الذابح
المباشر ثم يرجع على الآمر للغرور من جهته وهاهنا يجب الضمان على المستاجر
ابتداء لان كل واحد منهما مسبب لا مباشر والاجير غير متعد والمستاجر متعد
في جانبه فيضمن هو وان علم الاجير انه غير فنائه فعلى الاجير لانه لم
يصح امره بما ليس بمملوك له فلا ينقل فعله الى المستاجر وليس بمغرور من
جهته لعلمه بانه غير فنائه فبقي الفعل مضافا اليه فيضمن هو لا المستاجر فان
قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة المتقدمة اعني الامر باشراع
الجناح فان الاجير هناك اذا لم يعلم ضمن ورجع على المستاجر وهاهنا اذا لم يعلم
لم يضمن اصلا بل يضمن المستاجر اجيب بان اشراع الجناح كذبح الشاة اذا
ظهر استحقاقها في كونهما مباشرة كذا في العناية وان قال المستاجر هو
فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفر ومات فيه انسان او دابة فالضمان
على الاجير قياسا وعلى المستاجر استحسانا لان كونه فناء داره بمنزلة
كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين والحطب
وربط الدابة والركوب فيها وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه
ظاهرا بالنظر الى انطلاق يده في هذه التصرفات فكفى ذلك في نقل
فعل الاجير الى المستاجر فيضمن هو لا الاجير ووجه القياس ان الاجير علم
بفساد الامر فلم تصح الاجارة وليس بمغرور من جهته لعلمه فيضمن ومن
بنى قنطرة او جسرا بغير اذن الامام فتعمد احد المرور عليها فعطب
فلا ضمان على الباني لانه مسبب وعامد المرور مباشر فيضاف التلف الى
المباشر لا الى المسبب اطلق فشمل انواع النهر وهو ثلاثة نهر مملوك ونهر
خاص لاقوام مخصوصين ونهر عام فلو وضع قنطرة او جسرا على نهر

مملوك له فتلف به شيء لا ضمان عليه لانه ليس بمتعد وان وضع على نهر خاص
لاقوام مخصوصين فمر احد عليها وهلك بالتعلق بها او الخسف فان تعمد
المرور عليها لا ضمان على الواضع لما ذكرناه وان لم يعلم المار به ضمن كواضع الحجر
او الخشب او الحديد في طريق المسلمين فمر به دابة بلا سوق احد يضمن
وعلى قياس مسئلة الرش في الطريق اذا لم يجد المار طريقا غيرها يضمن الواضع
وان تعمد المرور عليها وان وضعها على نهر العامة فالجواب كذلك في ظاهر الرواية
وعن ابي يوسف انه لا يضمن كما اذا وضع القنطرة على نهر العامة باذن الامام
كذا في البزازية ثم قال فيها ايضا بنى على نهر جسرا او قنطرة بلا اذن الامام
فمر عليها رجل عمدا فعطب فلا ضمان على الباني هذا اذا كان النهر مملوكا
للثاني لا اشكال لانه كان النهر لعامة المسلمين فتعمد المشي عليها فكذلك
لا ضمان على الباني وان لم يتعمد بان المار اعمى او مر ليلا يضمن لو بلا اذن
الامام وان باذن الامام لا يضمن لانه محسن وما على المحسنين من سبيل وذكر
شيخ الاسلام في النهر الخاص بين قوم مخصوصين لو وضع قنطرة بلا اذن
فمر عليها رجل او دابة عمدا وانخسفت لا يضمن لان هلاكه يضاف الى مروره
لا الى اتخاذ القنطرة **فصل** في احكام الحائط المائل ان مال حائط الى
طريق العامة وكذا الى طريق الخاصة وهو من قبيل الاكتفاء فطولب ربه
بنقضه بلفظ يفهم منه طلب النقض مثل ان يقول ان حائطك هذا مخوف او مائل
فاهدمه حتى لا يسقط فيتلف شيئا او اهدمه فانه مائل من مسلم او ذمي ذكرا او انثى
حرا او مكاتبا لان لهم حق الطلب لحق المرور لهم في ذلك الطريق واشهد ربه عليه
اي على النقض بان تكلم اللفظ المذكور بحضرة الشهود او يقول اشهدوا اني تقدمت
الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا واما لو قال لرب الحائط ينبغي لك ان تهدمه فليس
هذا بطلب ولا اشهاد وان قاله بحضرة الشهود بل هو مشورة واعلم ان الشرط
ههنا هو طلب النقض لا الاشهاد حتى لو اعترف صاحبه انه طولب بنقضه وجب عليه

عليه الضمان وان لم يشهد عليه وانما الاشهاد ليتمكن من اثباته عند جحوده الطلب
او جحود عاقلته فكان الاشهاد من باب الاحتياط كالاشهاد على طلب الشفعة لا من باب
الاشتراط لصحة الطلب كالاشهاد في عقد النكاح فانه شرط لصحة النكاح فلم ينقضه
في مدة يمكن نقضه فيها فتلف به نفس او مال ضمن عاقلته النفس وهو اي رب الحائط
المال لان العاقلة تتحمل النفس تخفيفا عنه كيلا يؤدي الى الاستيصال لا المال فضمان
المال في ماله لكن قال محمد لا تتحمل العاقلة حتى يشهد الشهود على ثلاثة اشياء على
التقدم اليه في النقض وعلى انه مات بالسقوط عليه وعلى ان الدار له لان اقراره لا يكون
حجة على الغير والملك الثابت بظاهر اليد لا يصلح حجة للاستحقاق ثم لزوم الضمان
ههنا جواب الاستحسان والقياس انه لا ضمان اصلا وهو قول الشافعي لانه لم يوجد منه صنع هو
تعد لا مباشرة علة ولا مباشرة سبب لان البناء كان في ملكه مستقيما والميلان وشغل هواء الطريق ليس
من فعله فلا يضمن كما لو لم يشهد عليه ووجه الاستحسان ما روي عن علي وشريح والنخعي
والشعبي وغيرهم من ائمة التابعين رضي الله عنهم ولان الحائط لما مال فقد اشتغل هواء
الطريق بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه احد ممن له حق الطلب من المسلم او الذمي ذكرا
او انثى حرا او مكاتبا لا صبيا او عبدا محجورين عليهما او مجنونا اذ ليس لهم حق الطلب
وطولب بتفريغه لزمه تفريغه فاذا امتنع عنه مع التمكن منه صار متعديا بمنزلة ما لو
وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن تسليمه بعد الطلب حتى يضمن بهلاكه
في يده بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم
توجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذر الوقوع عليهم فيتضررون
بذلك ودفع الضرر العام واجب وله تعلق بالحائط لانه ملكه فتعين لدفع هذا
الضرر وكم من ضرر خاص يجب تحمله لدفع الضرر العام كالرمي الى الكفار وان تترسوا باسارى
المسلمين والتقدم بالدواب كما تقدم في الحائط المائل حيث قال في ضمانات العمادية رجل
له كلب عقور كلما مر عليه مار يعضه فعض انسانا هل يجب عليه الضمان ان تقدموا
في صاحب الكلب قبل العض يضمن وان لم يتقدموا فيه قبل العض لا يضمن بمنزلة

مطلب عقر الكلب انسانا هل يضمن

الحائط المائل انتهى وكذا اي يجب النقض لو طولب به اى بالنقض من يملك نقضه كاب
الطفل ووصيه او جده او امه عند عدم الاب والوصى فان لهما ولاية التصرف في مال
الصغير عند عدم الاب والوصى والجد مذكورة في الزيلعي والام في الهداية وهذا لان
التقدم الى هؤلاء كالتقدم الى الصغير بعد البلوغ ولو تقدم اليه بعد البلوغ وجب عليه النقض
فكذا لو تقدم الى هؤلاء لان لهم ولاية التصرف في مال الصغير اعترض عليه بانه لو كان كذلك
لما يهدر القتيل بسقوط الحائط اذا بلغ الصبي بعد التقدم الى الاب او الوصى واجيب عنه في
العناية بان التقدم اليهما جعل كالتقدم الى الصغير ما دامت ولايتهما باقية عليه وقد زالت
بالبلوغ وصار كان التقدم لم يوجد في حق الصغير ثم ان الاب والوصى لو تركا الهدم
بعد التقدم اليهما كان الضمان في مال الصغير لا في مالهما لانهما يعملان للصغير في ترك
الهدم وينظران له فيكون الغرم في مال الصغير فان قيل انهما بترك الهدم بعد التقدم
اليهما الحقا ضررا بمال اليتيم فكان الواجب ان يكون الضمان عليهما او يرجع اليتيم في مالهما بعد
البلوغ اجيب بان في ترك الهدم دفع مضرة متحققة وهي مضرة مؤنة النقض وبنائه ثانيا
وفي النقض دفع مضرة موهومة لجواز ان لا يسقط وعلى تقدير سقوطه يحتمل ان لا يهلك
به شيء فكان تركه انظر لليتيم فلا يلزم الاب والوصى ضمان الكل في الغاية والراهن بفك
الرهن يعني لو تقدم الى الراهن في الدار المرهونة او الحائط المرهون بالنقض صح التقدم
ووجب على الراهن نقضه لانه يملك نقضه بواسطة فك الرهن والعبد التاجر مديونا
كان او لا ولذا اطلقه يعني لو رهن العبد المأذون له في التجارة حائطا او دارا و تقدم اليه مسلم
او ذمي بالنقض وجب عليه نقضه لان ولاية نقضه له سواء كان عليه دين او لا والتالف
بسقوطه بعد التقدم اليه في رقبته ان كان التالف مالا فيباع فيه كما يباع في ديون التجارة
استحسانا وان كان التالف نفسا فعلى عاقلة المولى لان الاشهاد عليه اشهاد
على المولى من وجه اما اذا لم يكن على العبد دين فظاهر لان ما في يده من الدار وغيرها
للمولى رقبة وتصرفا والعبد خصم من جهته فقط حتى لو ادعى احد حقا في دار في يده
ينتصب خصما له من جهة المولى واما اذا كان عليه دين فعندهما ظاهر لان المولى يملك

يملك ما في يده ولو كان الدين مستغرقا عندهما وعند ابي حنيفة ان المولى وان لم يملك
ما في يده اذا كان الدين مستغرقا لكنه احق باستخلاصه بقضاء دينه فعلى
التقديرين كان الاشهاد عليه والتقدم اليه تقدما او اشهادا على المولى من وجه
وتقدما الى العبد من وجه فاعتبر في ضمان النفس تقدما الى المولى لان فك
الحجر عنه بالاذن له لم يتناول التزام ضمان الجناية على النفس فبقي محجورا عليه
في حق ضمان الجناية على النفس فيلزم على عاقلة المولى واعتبر في ضمان الاموال تقدما
الى العبد لانه بمنزلة الحر في ضمان الاموال لانه منفك الحجر عنه في اكتساب سببه والقياس
انه يكون ضمان الاموال على المولى ايضا الا انه ترك استحسانا بهذا الفرق والمكاتب
لان ولاية النقض له لانه من كسبه وان تقدم اليه ولم ينقض وتلف به شيء فان
تلف في حال بقاء الكتابة يجب عليه قيمته لان دفع نفسه متعذر وان بعد
عتقه فعلى عاقلة المولى وان بعد العجز عن الكتابة لا يجب على احد شيء لعدم قدرة
المكاتب وعدم الاشهاد على المولى كذا في الزيلعي وهل يجوز التقدم الى ورثة من له
حق النقض ففي الهداية يصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن
من نقض الحائط وحده وقال في العناية وهذا جواب الاستحسان والقياس ان
لا يضمن احد من الورثة شيئا بعدم النقض بعد التقدم الى احدهم اما الذي
تقدم اليه فلعدم تمكنه من نقضه وحده فلم يكن التقدم اليه مفيدا واما غيره من
الورثة فلعدم التقدم اليهم فلم يوجد التعدي منهم في ترك النقض ولا يضمن
من اشهد عليه بطلب النقض ان باعه اي داره بعد الاشهاد وسلمه الى المشتري
فسقط وهلك به شيء نفسا او مالا لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه منه
وقد زال بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع
قيد بقوله وسلمه الى المشتري وهكذا في الهداية ايضا حيث قال وقبض المشتري
لكنه قال في الدرر وقبض المشتري ليس بشرط في سقوط الضمان عن البايع بعد بيعه
نقله عن الكافي وهل يضمن المشتري ففي الهداية انه لا يضمن ايضا لانه لم يشهد

عليه فلم يكن متعديا ولا ان طولب به من لا يملكه اى النقض كالمرتهن والمستاجر
والمودع لعدم قدرتهم على التصرف فلا ضمان على احد من هؤلاء ومن المالك بترك
النقض بعد التقدم الى هؤلاء لان التقدم اليهم غير مفيد وان بناه مائلا ابتداء
ضمن ما تلف بسقوطه وان لم يطالب بنقضه لانه تعدى بالبناء نفسه فصار
كما فى اشراع الجناح ونحوه كالكنيف فانه جان فيه بنفس الوضع على طريق المسلمين
وان مال الى دار رجل فالطلب لربها اى الدار او ساكنها لان الحق لهما على الخصوص
فيصح تاجيله وابراؤه لان الحق له على الخصوص ولا يصح التاجيل فيما اى فى حائط
مال الى الطريق ولو وصلية من القاضى والمشهد لان الحق لعامة المسلمين المارين
فيه وليس للقاضى ولا لغيره ان يبطل حقهم ولو كان الحائط بين خمسة فاشهد
على احدهم ضمن خمس ما تلف به عند ابى ح وعندهما نصفه لانه متعد باعتبار ملك
شريكه وغير متعد باعتبار ملكه فاعتبر قسمين فانقسم نصفين كما اذا هلك بجرح الرجل
ونهش الحية وعقر الاسد فانه يعتبر قسمين لا ثلاثة اقسام كما تقدم ولابى ح ان
الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر فى الحائط لان اصل الثقل ليس بعلة
لان القليل من الثقل لا يوجب التلف بحال حتى يعتبر كل جزء منه علة على حدة
فيجتمع العلل فاذا كان كذلك يعتبر الكل علة واحدة فيضاف التلف الى العلة الواحدة
ثم يقسم على اربابها بقدر الملك فيلزم من خمس الدية او خمس قيمة المال المتلف
بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة مستقلة بنفسها للتلف صغرت
الجراحة ام كبرت الا ان التلف عند المزاحمة يضاف الى الكل لعدم الاولوية فاذا
اضيف الى الكل وبعضها معتبر فى اضافة الضمان اليه وهو جرح الرجل وبعضها
غير معتبر وهو جرح الحية والاسد فجعل غير المعتبر شيئا واحدا وان تعدد
فلذلك صار الضمان نصفين فاعتبر احدهما واهدر الآخر فان قيل الواحد من الشركاء
لا يقدر ان يهدم شيئا من الحائط فكيف يصح التقدم اليه اجيب بانه وان لم يتمكن
من هدمه لكنه يتمكن من اصلاحه بوجه وهو المرافعة الى الحكام وبه يحصل الغرض

الغرض لان المقصود ازالة الضرر باى طريق كان ولا يتعين بالهدم وان حفر احد ثلاثة
فى دار هى لهم اى مشتركة بينهم بئرا بغير اذن شريكيه او بنى احد ثلاثة فى دار
بينهم حائطا بغير اذن شريكيه ضمن الحافر والبانى ثلثى ما تلف به اى بالبئر
والحائط عند ابى ح وعندهما نصفه لما ذكرناه من ان الحفر باعتبار ملكه ليس بتعد وباعتبار
ملك شريكيه تعد فكانا قسمين فانقسم عليهما نصفين ولابى ح ما تقدم ايضا
من ان الموت حصل بعلة واحدة وهو العمق المقدر فى البئر لان اصل العمق ليس بعلة
لان القليل من العمق لا يوجب التلف بحال حتى يعتبر كل جزء منه علة على حدة فيجتمع
العلل فاذا كان كذلك يعتبر الكل علة واحدة فيضاف التلف الى العلة الواحدة
ثم يقسم على اربابها بقدر الملك فيضمن ثلث قيمة ما تلف انسانا او حيوانا

باب جناية البهيمة وعليها

والاصل فيه ان المرور فى طريق المسلمين مباح
بشرط السلامة لانه يتصرف فى حقه من وجه وفى حق غيره من وجه لكونه مشتركا
بين كل الناس فقلنا بالاباحة بشرط السلامة ليعتدل النظر من الجانبين فيما
يمكن الاحتراز عنه لا فيما لا يمكن لان تقييده بالسلامة مطلقا يؤدى الى المنع من
التصرف وينسد بابه وهو مفتوح وعلى هذا الاصل يبتنى المسائل المذكورة فى
الباب قال يضمن الراكب على الدابة فى طريق المسلمين ما وطئت دابته او اصابت
اى هلكت بيدها او رجلها او راسها او كدمت اى عضت بمقدم اسنانها
او خبطت قال فى المصباح خبط البعير الارض ضربها بيده انتهى وهى بالخاء المعجمة
وفيه شائبة التكرار مع الاصابة باليد او صدمت اى ضربت بنفسها قال
فى المصباح تصادم الفارسان واصطدما اصاب كل واحد الاخر بثقله وحدته انتهى
وانما ضمن فيها لان الاحتراز عن كل هذه الاشياء ممكن لانه ليس من ضرورات
السير فقيد كل منها بشرط السلامة لما تقدم من الاصل فاذا لم توجد السلامة
ضمن وهذا فى الطريق ولو حدثت هذه الاشياء فى ملكه لا يضمن شيئا من ذلك
الا الابطاء وهو راكبها لان الابطاء حال الركوب مباشرة لانه قتله بفعله

حتى يحرم عن الميراث ويجب عليه الكفارة وغير الابطاء تسبيب وفي التسبيب يشترط
التعدي فصار كحفر البئر في ملكه وفي المباشرة لا اشتراط التعدي ولو حدثت
في ملك غيره فان كان باذن مالكه فهو كما لو كان في ملكه وان كان بغير اذنه
فان دخلت الدابة من غير ان يدخلها هو ولم يكن هو معها ايضا لا يضمن
شيئا وان ادخلها هو ضمن الجميع سواء كان هو معها او لم يكن لوجود
التعدي بالادخال والملك المشترك كملكه فيما ذكرنا لان كل احد من الشركاء السير
والايقاف فيه وباب المسجد كالطريق في الايقاف ولو جعل الامام موضعا لوقوف
الدواب عند باب المسجد فلا ضمان فيما حدث من الوقوف به وكذلك ايقاف
الدواب في سوق الدواب لانه ماذون له من جهة السلطان وكذلك الفلاة
وطريق مكة اذا اوقف في غير المحجة لانه لا يضر بالناس فلا يحتاج فيه الى الاذن
اما المحجة فهي كالطريق فيضمن فيه وكذلك لو اوقفها في باب السلطان
يضمن كما في الطريق لا ما نفحت بالحاء المهملة برجلها اي ضربت بها قال في المصباح
نفحت الدابة نفحا ضربت بحافرها او ذنبها اي لا ضمان في النفح بها لعدم التعدي
منه لعدم امكان التحرز عنها فلم يقيد بشرط السلامة الا اذا اوقفها في
الطريق فنفحت برجلها او ذنبها فانه يضمن للتعدي منه بالايقاف في الطريق
ولا ما عطبت اي هلكت بروثها او بولها في الطريق سائرة او موقوفة لاجله
اي لاجل الروث او البول الجار متعلق بالموقوفة اي لا ضمان فيه لان سير الدابة لا يخلو
من روث وبول فلا يمكن التحرز عنه فلا يضمن ما تلف به وكذا اذا وقفها في الطريق
للروث والبول لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا واقفا فلا يمكن التحرز عنه ايضا
فلا يقيد بشرط السلامة فان اوقفها لا لاجله ضمن ما عطب به اي بالروث او البول
لانه متعد في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير وان اصابت الدابة وهو
راكب عليها بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ
عينا لانسان او حيوان او افسد ثوبا لا يضمن لعدم التعدي منه في ذلك لان

لان التحرز عنه غير ممكن لان سير الدابة لا يخلو عن ذلك فلا يقيد بشرط السلامة
وان كان الحجر المثار كبيرا ضمن لان التحرز عنه ممكن لان ذلك انما يكون من قلة هداية
الراكب فيتقيد بشرط السلامة ويضمن القائد كل ما يضمنه الراكب من الاشياء
المذكورة وكذا السائق في الاصح وقيل قائله القدوري وتبعه بعض المشايخ
يضمن السائق النفحة بالرجل والذنب ايضا يعني كل شيء يضمنه الراكب يضمنه
القائد والسائق ايضا لانهما مسببان كالراكب فيجب فيها الضمان بالتعدي
كالراكب وكل شيء لا يضمنه الراكب فهما لا يضمنان ايضا هكذا ذكره اكثر المشايخ
وهو المراد بقوله في الاصح وذكر القدوري وتبعه بعض المشايخ ان السائق يضمن
ما نفحت برجلها او ذنبها ايضا لان النفحة بمرأى عينه فيمكن الاحتراز عنه
مع التسيير فيتقيد بشرط السلامة بخلاف القائد والراكب فان النفحة ليس بهما
بمرأى عينهما بل غائبة عن نظرهما فلا يمكنهما التحرز عنها فلا يقيد شرط السلامة
ووجه الاصح ان السائق ليس معه على رجل الدابة شيء يمنعها به عن النفح فلا
يمكن التحرز عنها بخلاف الكدم والصدم وبالجملة ههنا ان جناية الدواب لا يخلو
من اوجه ثلاثة لانها اما ان يكون في ملك صاحبها او في ملك غيره او في طريق
المسلمين فان كانت في ملك صاحبها ملكا كاملا او مشتركا متساويا او متفاضلا
فاما ان يكون صاحبها معها او لا يكون فان لم يكن صاحبها معها لم يضمن صاحبها
معها لم يضمن صاحبها شيئا سواء كانت الدابة واقفة او سائرة وطئت بيدها
او برجلها او نفحت او كدمت او اثارت حجرا كبيرا وان كان صاحبها معها فاما
ان يكون سائقا لها او قائدا واما ان يكون راكبا عليها فان كان سائقا او قائدا
لم يضمن صاحبها في الوجوه كلها اتلف نفسا او مالا لان صاحبها في هذه الوجوه
مسبب لاتصال اثر فعله بالمتلف بواسطة فعل مختار وهو الدابة والمسبب
انما يضمن اذا كان متعديا ولا تعدي في ايقاف الدابة وتسييرها في ملكه وان كان
راكبا عليها وهو يسير فان وطئت بيدها او رجلها يضمن وان كدمت او نفحت

مطلب
يضمن القائد ما يضمن الراكب وكذا السائق

بيدها او رجلها او ضربت بذنبها فلا ضمان في الوجه الاول صاحب الدابة مباشر للاتلاف
لان ثقله وثقل الدابة اتصلا بالمتلف وكانهما وطئاه جميعا فالمباشر ضامن متعديا
كان او لم يكن وفي الوجه الثاني مسبب غير متعد ولا ضمان على المسبب بدون التعدي
وان كانت الجناية في ملك غير صاحبها فاما ان ادخلها صاحبها فيه او لا فان لم يدخلها
فيه فلا ضمان عليه على كل حال ليلا ونهارا لانه ليس بمسبب ولا بمباشر وان ادخلها فيه
فعليه الضمان على كل حال سواء كان معها سائقها او قائدها او راكبها او لا واقفة كانت
الدابة او سائرة لان صاحبها اما مباشر او مسبب متعد اذ ليس له ايقاف الدابة
وتسييرها في ملك الغير بغير اذنه فيضمن وان كانت في طريق المسلمين وقد اوقفها
صاحبها فعليه ضمان ما اتلف في الوجوه كلها لانه بالايقاف سبب متعد اذ ليس له
شغل طريق المسلمين بايقاف الدابة فيه وان كانت سائرة فاما ان يكون صاحبها معها
او لم يكن فان لم يكن فاما ان سارت بارسالها او انفلتت فان سارت ضمن ما اتلفت
ما لم يتحول عن جهة الارسال يمنة او يسرة لان ارسالها بلا حافظ سبب للاتلاف
وهو فيه متعد وان انفلتت فلا ضمان عليه في الوجوه كلها وان كان صاحبها معها ضمن
ما اتلفت راكبا كان او قائدا او سائقا الا النفحة بالرجل والذنب لانه اما مباشر
او مسبب متعد كذا في العناية. ولا كفارة عليهما اي على القائد والسائق ولا حرمان
ارث او وصية بخلاف الراكب فان عليه كفارة القتل ويحرم عن الميراث والوصية لكن
مراده لزوم الكفارة والحرمان في الايطاء دون غيره اذ لا كفارة على الراكب ايضا في الاصابة
بيدها او رجلها وفي الكدم والخبط والصدم ولا يحرم بها عن الميراث والوصية مثل القائد
والسائق وهذا لان الراكب مباشر في الايطاء لان التلف في الحقيقة بثقله وثقل الدابة
تبع له لان سير الدابة مضاف اليه والدابة آلة له والقائد والسائق مسببان
لا مباشران لانه لا يتصل منهما بالمحل شيء وكذلك الراكب مسبب في غير الايطاء والكفارة
وحرمان الارث والوصية حكم المباشرة لا حكم التسبب وان اجتمع الراكب والقائد
او الراكب والسائق فالضمان عليهما وقيل على الراكب وحده لان الراكب مباشر

مباشر والسائق والقائد مسبب والاضافة الى المباشر اولى من الاضافة الى المتسبب
اذا اجتمعا وبه ما اختاره المص اعني الاضافة اليهما نصفين ان كلا منهما سبب الضمان
على الانفراد فكذلك على الاجتماع مع الراكب ويؤيد هذا ما ذكره محمد في الاصل ان الراكب
اذا امر انسانا فنخس المامور الدابة فوطئت انسانا كان الضمان عليهما فاشتركا
في الضمان والناخس سائق والآمر راكب فتبين بهذا انهما يستويان وقدم في
الهداية القول الثاني على ما اختاره المص وقال في الزيلعي وهو الصحيح والجواب عنه
ان المسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان السبب سببا لا يعمل بانفراده في الاتلاف كما في
الحفر مع الالقاء فان الحفر لا يعمل شيئا بدون الالقاء فلا يضمن الحافر مع الملقي بل
الضمان على الملقي وحده واما اذا كان السبب سببا يعمل بانفراده فيشتركان وما
نحن فيه من هذا القبيل فان السوق والقود متلفان منفردا وان لم يكن على الدابة
راكب فيضاف الضمان اليهما معا وان اصطدم فارسان او ماشيان اي ضرب احدهما
الآخر بنفسه فماتا ضمن عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي يجب
على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر يروى ذلك عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد
منهما مات بفعله وفعل صاحبه لان الاصطدام فعل يقوم بهما فيهدر نصفه ويعتبر
النصف الآخر كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه او حفرا
معا على قارعة الطريق بئرا فانهدم البئر عليهما او وقعا فيه يجب على كل واحد منهما
النصف فكذا هذا ولنا ان موت كل واحد منهما مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه
مباح وهو المشي في الطريق فلا يعتبر في حق الضمان بالنسبة الى نفسه لانه مباح مطلقا
في حق نفسه ولو اعتبر ذلك لوجب نصف الدية فيما اذا وقع في بئر في قارعة الطريق
لانه لولا مشيه وثقله في نفسه لما سقط في البئر وفعل صاحبه وان كان مباحا ايضا لكنه
مقيد بشرط السلامة في حق غيره فيكون سببا للضمان عند وجود التلف به وروي
عن علي رضي الله عنه ايضا انه اوجب كل الدية على عاقلة كل واحد منهما فتعارضت
الرواية عنه فرجحنا بما ذكرناه او يحمل ما روي عنه انه اوجب النصف على انها تعمدا

مطلب في حكم فارسان او ماشيان ضرب احدهما الآخر فماتا

ذلك فان في العمد يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية ويحمل ما روي انه اوجب
كل الدية على الخطأ توفيقا بينهما واما ما استشهدا به من المسائل المذكورة من
الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه وحفر البئر في الطريق
ففعل كل واحد منهما في هذه المسائل محظور مطلقا فيعتبر في حق نفسه ايضا
فيكون قاتلا لنفسه ثم الحكم الذي ذكرناه اعني وجوب نصف الدية في العمد على عاقلة
كل منهما وفي الخطأ الدية الكاملة فيما اذا كانا حرين ولو كانا عبدين يهدر الدم في العمد
والخطأ اما في الخطأ فلان الجناية تعلقت برقبته دفعا او فداء وقد فاتت لا الى
خلف من غير فعل من المولى يصير المولى به مختارا للفداء واما في العمد فكذلك لان كل
واحد منهما هلك بعدما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطأ
يجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد كلها فيأخذها ورثة الحر المقتول ويبطل حق
الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة عند ابي ح ومحمد لان على اصلهما انه تجب القيمة على
العاقلة لان ضمان الآدمي فقد اخلف الحر المقتول بدلا بقدر القيمة فيأخذها ورثة الحر
ويبطل ما زاد على القيمة لعدم الخلف فيه اذ لا فعل من المولى يصير به مختارا للفداء
وفي العمد يجب على عاقلة الحر المقتول نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا
القدر يأخذه ورثة الحر المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط
بموته الا قدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة وان تجاذبا حبلا فانقطع فماتا

فان وقعا على ظهرهما فهما هدر لان كل واحد منهما مات بقوة نفسه وان وقعا على
وجهيهما فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر لان كل واحد منهما مات بقوة صاحبه
فان اختلفا بان وقع احدهما على القفاء والآخر على الوجه فدية من على وجهه على عاقلة
من على ظهره ولا دية لمن وقع على ظهره لانه مات بقوة نفسه بخلاف من وقع على وجهه
فانه مات بقوة صاحبه وان قطع الآخر اي قطع انسان آخر الحبل الذي بينهما فماتا اي المتجاذبان

فديتهما على عاقلته اي عاقلة الآخر وهو من قطع الحبل وان ساق دابة فوقع سرجها
او غيره من ادواتها كاللجم على انسان فمات يضمن لانه متعد في هذا التسبيب لان الوقوع

الوقوع عليه بتقصير منه بترك الشد والاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد عادة
ولانه قاصد لحفظ نحو السرج وغيره من الادوات كما في المحمول على عاتقه دون اللباس
وقد تقدم من قبل فيتقيد بشرط السلامة وكذا الحال فيما يحمل على الدابة فوقع
على انسان فمات ضمن لما ذكر وكذا قائد قطار القطار بكسر القاف من الابل عدد على
نسق واحد والجمع قطر مثل كتاب وكتب كذا في المصباح وطئ بعير منه انسانا اي ضمن
عاقلة القائد الدية لان القائد يلزمه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه التحرز عنه
فصار متعديا بالتقصير والنفس على عاقلته اي عاقلة القائد والمال في ماله اي مال القائد
لان العاقلة انما تعقل النفس لا المال وان كان مع القائد سائق فالضمان عليهما لان قائد
الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة فاستويا في التسبب فيجب على عاقلتهما
الدية لكن هذا اذا كان السائق في جانب من الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد
يضمن هو وحده ما عطب مما هو خلفه ويضمنان ما تلف مما هو قدامه لان القائد
لا يقود ما خلف السائق لانفصام والسائق يسوق ما يكون قدامه وان ربط
بعيرا على قطار بغير علم قائده فعطب به انسان ضمن عاقلة القائد الدية لانه
يمكنه ان يصون قطاره عن ربط غيره به فاذا ترك الصيانة صار متعديا بالتقصير وهو
سبب للضمان وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ورجعوا اي عاقلة
القائد بها اي بالدية على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما
لا يجب الضمان على القائد والرابط ابتداء مع ان كل واحد منهما مسبب لان القود بمنزلة
المباشرة بالنسبة الى الربط لاتصال التلف به دون الربط فيجب عليه الضمان وحده
ثم يرجع به عليه اطلق الرجوع على عاقلة الرابط ولم يقيده بتسيير القطار على ما هو
كذلك وضع الجامع الصغير لكن المشايخ قيدوه وقالوا رجوع عاقلة القائد على عاقلة
الرابط اذا ربط الرابط والقطار يسير اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها القائد فانه
يضمنها القائد بلا رجوع على احد لان الرابط حين سير القطار امر بالقود دلالة واذا
لم يعلم القائد ذلك لا يمكنه التحفظ عنه ولكن جهله لا ينفي وجوب الضمان عليه لتحقق

الا تلافه منه وهو الموجب وانما ينفي الاثم لانه عذر في حق الاثم فيكون قرار الضمان على الرابط
بخلاف ما اذا ربط والابل واقفة.. فانه يضمن عاقلة القائد بلا رجوع على عاقلة الرابط
لان القائد قادر بعيره غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة.. فلا يرجع بما لحقه على احد غاية الامر
انه متعد بالربط والايقاف على الطريق لكنه زال ذلك التعدي بقود القائد فصار كما
لو وضع حجرا على الطريق وحوله غيره عن ذلك الموضع وكذا اذا علم القائد بالربط لا يرجع
عاقلته على احد بما لحقهم من الضمان لان القائد رضي بذلك والتلف انضل بفعله فلا يرجع
وهو القياس فيما اذا لم يعلم لان الجهل لا ينافي الضمان ولكنا استحسنا الرجوع بما ذكرناه
ولهذا قيده بعدم العلم ومن ارسل بهيمة او كلبا اقتصر في الهداية على البهيمة.. وقال
في النهاية والعناية مراده بالبهيمة الكلب بقرينة بعض عبارة تجمع المصر كلاهما ولقد احسن
وساقه بان يمشي خلفه معه ضمن ما اصاب في فوره لانه الحامل لها فاضيف فعلها
اليه كما يضاف فعل المكره الى المكره فيما يصلح آلة له ولو لم يسقه فما دامت في فورتها
ضمن ما اصاب ايضا لان ما اصابته في فورتها فهو ملحق بالسائق حكما فتقييده بالسوق
لا يشمله الا اذا عمم بالحقيقي والحكمي وفي الطير لا يضمن وان وصلية ساقه لان بدنه
لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه سواء فلو قتل صيدا مملوكا لم يضمن ولو كان
ذلك في الحرم وقتل صيد الحرم لم يلزمه شيء وكذا اي لا يضمن في الدابة والكلب ان لم يسق
لا حقيقة بان يمشي خلفه ولا حكما بان اصاب في فورتها بلا تراخ او انفلتت الدابة اي
اطلقت من قيدها بنفسها اي بلا صنع صاحبها ليلا او نهارا فاصاب مالا او نفسا
وهذا لان الضمان بالتعدي والتعدي بالسوق حقيقة.. او حكما فاذا لم يوجد السوق
لم يوجد التعدي فكذا الضمان فان قيل فقد ذكر في كتاب الصيد انه اذا ارسل الكلب الى صيد
يؤكل ما اصابه وان لم يكن له سائق لا حقيقة.. ولا حكما فما الفرق بين هذا وبينما نحن
فيه حيث اشترط فيما نحن فيه في وجوب الضمان وجود السائق حقيقة او حكما قلنا الفرق
بينهما على ما ذكره في الهداية ان البهيمة.. فاعل مختار في فعلها ولا تصلح نائبة عن المرسل
ولا يضاف فعلها الى غيرها هذا هو الاصل في الافعال الاختيارية الا انه الحاجة.. مست في الاصطياد

مطلب
من ارسل بهيمة او كلبا وساقه
ضمن ما تلفت وفي
الطير لا يضمن

في الاصطياد فاضيف فعل المرسل الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه
فلو شرط السوق لانسد باب الاصطياد وهو مفتوح فاضيف الى المرسل ما دام الكلب
المرسل في تلك الجهة ولم يفتر عنها وان غابت مع الصيد عن بصره ولا حاجة اليه في
ضمان العدوان فبقي على الاصل فكان مضافا الى الكلب نفسه لانه مختار في فعله
ولم يكن مضافا الى المرسل فلم يضمن وعن ابي يوسف انه اوجب الضمان في هذا كله
احتياطا لاموال الناس والمشايخ اخذوا بقوله وذكر في الهداية نقلا عن المبسوط
انه اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فما اصاب في فورها فالمرسل ضامن لان سيرها
مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة ويسرة انقطع حكم
الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت ينقطع
حكم الارسال بالوقفة بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سارت
فاخذ الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل لانه لتمكن من الصيد وهذه
الوقفة اي وقفة الدابة تنافي مقصود المرسل لان مقصوده هو السير لا الوقوف
فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسل الى صيد فاصاب نفسا او مالا في فوره
لا يضمنه من ارسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعد فيضمن
ما تولد منه واما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبب الا بوصف التعدي وفي العمادية
لو دخل رجل دار قوم فعقره كلبهم فلا ضمان عليهم لانه لم يوجد الا اغراء ولا اشلاء
منهم وفي التجنيس رجل له كلب عقور كلما مر عليه مار يعضه فعض انسانا
هل يجب عليه الضمان ان تقدموا في صاحب الكلب قبل العض يضمن وان لم يتقدموا
فيه قبل العض لا يضمن وفي قاضيخان ينبغي انه لا يضمن اذا لم يكن من صاحبه اشلاء
وفي شرح الطحاوي ولو اغرى كلبا حتى عقر رجلا لا ضمان على المغري عندنا كما
اذا ارسل طائرا فاصاب في فوره ذلك فانه لا يضمن بالاجماع وعند ابي يوسف
سواء يسوقه او يقوده بعد ان كان اغراه وقال محمد ان كان قائدا له او سائقا
يضمن والا فلا وبه اخذ الطحاوي ولو اخذ هرة فالقاها الى حمامة رجل او دجاجته

مطلب
عقر الكلب انسانا فلا ضمان

مطلب
هرة اكلت حمامة رجل هل يضمن

فاملت الهرة الحمامة فان اخذته الهرة برميه اليها يضمن وان اخذتها بعد الرمي لا يضمن ومن ضرب دابة عليها راكب في الطريق او نخسها اي النخس بالمعجمة الطعن بالعود ونحوه قال في المصباح نخست الدابة طعنتها بعود او غيره فهاج فنفحت الدابة اي ضربت بحد حافرها او ذنبها او ضربت بيدها احدا او نفرت الدابة من ضربه او نخسه فصدمته اي احدا فمات ذلك الرجل من صدمها ضمن هو اي الضارب والناخس لا الراكب ان فعل ذلك اي الضرب والنخس حال السير والقياس ان يضمنا الراكب دون الناخس والضارب لان الراكب مباشر والتعدي ليس بشرط في المباشرة الا انا تركنا القياس لما روي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما اوجبا على الناخس والضارب دون الراكب ولان الراكب والمركب مدفوعا بدفع الضارب والناخس فاضيف فعل الدابة اليهما كانهما فعلا بيديهما وان اوقفها اي الدابة لا في ملكه اي في طريق المسلمين او في ملك غيره فعليهما اي فالضمان على الراكب وعليهما نصفين لانه متعد في الايقاف مثل الناخس والضارب وان نفحت الدابة الناخس والضارب فدمه هدر لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان القت الراكب بالنخس او الضرب فقتلته فضمانه على الناخس او الضارب اي على عاقلتهما لانه متعد في تسبيبه وفيه الدية على العاقلة وان فعل ذلك اي الضرب او النخس باذن الراكب فهو كفعل الراكب لو نخسها بنفسه اي لا ضمان عليه لان الراكب له ولاية الضرب والنخس فاذا امر غيره به كان ذلك كفعله لانه امر بما يملكه فيصح امره فينتقل فعل المامور اليه لكونه آمرا ولو نخسها الراكب بنفسه ونفحت رجلا لا ضمان على الراكب لعدم امكان التحرز عنه فكذا لا ضمان على الناخس في نفحها اذا نخس باذن الراكب لكن ان وطئت احدا في فورها بعد النخس بالاذن فديته عليهما لان سيرها في تلك الحالة والاذن يتناول فعله من حيث انه سوق ولم يتناوله الا من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر على

على الناخس فان قيل الراكب صاحب علة للوطئ ولهذا وجب عليه الكفارة والناخس صاحب شرط في حق فعل الوطئ حتى لم يجب عليه الكفارة والاضافة الى العلة اولى اجيب عنه بان الركوب وان كان علة للوطئ لكن النخس ليس بشرط لهذه العلة لتاخره عن الركوب بل هو شرط او علة للتسيير والسير علة للوطئ فكان الوطئ ثابتا بعلتين فيجب الضمان عليهما كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لان الحفر شرط علة اخرى دون علة الجرح فكذا هذا ولا يرجع الناخس على الراكب في الاصح وقيل يرجع عليه بما ضمن في الايطاء لانه فعل بامره وجه الاصح انه لم يامره بالايطاء بل بالنخس والنخس منفصل عن الايطاء ليس بعينه ولا لازمه كما لو امر صبيا لا يستمسك صفة لصبي انما قيد به لانه اذا لم يستمسك على الدابة لا ضمان على احد اما على الصبي فلان مثله بمنزلة الحمل على الدابة فلا يضاف السير اليه واما على الرجل فلانه لم يسيرها واذا لم يضف سيرها الى احد كانت منفلتة وفعله جبار على دابة بتسييرها الباء متعلق بالامر فوطئت الدابة انسانا فهلك لا يرجع عاقلة الصبي بما غرموا من الدية على الآمر لانه امر بالتسيير والايطاء منفصل عنه وكذا لو ناول الصبي سلاحا فقتل الصبي به اي بذلك السلاح احدا ضمن عاقلة الصبي الدية ثم لا يرجعون على عاقلة من ناول سلاحا لانه لم يامره بالقتل بل امره بامساك السلاح والقتل منفصل عنه وكذا الحكم في نخسها ومعها قائد او سائق يعني رجل قاد دابة او ساقها فنخسها رجل آخر فانفلتت الدابة من يد القائد او السائق فاصابت في فورها انسانا فالضمان على الناخس دون القائد او السائق لان الناخس متعد في التسبيب فيضاف الاتلاف اليه وان نخسها اي الدابة شيء منصوب في الطريق فالضمان على من نصبه لانه متعد بشغل الطريق فاضيف الهلاك اليه كانه نخسها بفعله ولا فرق بين كون

مطلب من ضرب دابة عليها راكب فاتلفت فالضمان على الناخس لا الراكب

مطلب امر صبيا بتسيير دابة فوطئت انسانا فهلك لا يرجع على الآمر

مطلب من اعطى صبيا سيفا فقتل احدا لا يرجع على المعطي

الناخس صبيا او بالغا لانهما مؤاخذان بافعالهما وان كانا الناخس عبدا
فالضمان على رقبته فيدفع بها او يفدى يعني اذا نخسه بغير اذن الراكب
وجميع مسائل هذا الفصل والذي قبله ان كان الهالك آدميا فالدية
على العاقلة وان كان غيره فالضمان في مال الجاني لان العاقلة لا يعقل المال
وانما يعقل النفس ولما ذكر ما يتعلق بجناية البهيمة شرع فيما يتعلق بالجناية
على البهيمة فقال ومن فقأ عين شاة قصاب ضمن ما نقصها لان المقصود
من شاة القصاب اللحم فلا يعتبر فيها الا النقصان وفي عين الفرس او البغل
وكذا الحمار او بعير الجزار اي القصاب او بقرته اي بقرة الجزار ربع القيمة
قال الشافعي فيها النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي انه صلى الله عليه
وسلم قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ايضا ولان فيها مقاصد
سوى اللحم كالركوب والزينة والحمل والعمل فمن هذا الوجه يشبه الآدمي وقد تمسك
لغيره كالاكل ومن هذا الوجه يشبه المأكول فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في
ايجاب ربع القيمة وبالشبه الآخر في نفي النصف كذا في الهداية والزيلعي هذا في الجناية
عليها بفقأ عينها وبقي الكلام في الجناية عليها بقطع طرفها من يدها او رجلها
او ذنبها او اذنها وقد استوفينا الكلام فيها في كتاب الغصب فارجع اليه باب
جناية الرقيق وعليه جناية المملوك اي على غير المولى لان جناية العبد على المولى
هدر كما ان جناية المولى على العبد هدر في غير العمد كما في الحاوي لا توجب الا دفعا
واحدا اي توجب دفع رقبته اذا كانت الجناية في النفس موجبة للكمال بان كانت
خطأ لانها اذا كانت عمدا توجب القصاص سواء كانت الجناية واحدة او اكثر لو
محلا للدفع بان كان قنا لم ينعقد له شيء من اسباب الحرية كالتدبير والامومية
الولد والكتابة والا اي وان لم يكن محلا للدفع بان انعقد له شيء من التدبير
وامومية الولد والكتابة فقيمة واحدة اي توجب قيمة واحدة وان تكررت الجناية
لو غير محل له اي للدفع هذا مما لا حاجة اليه بعد الاستثناء المذكور فلو جنى عبد

مطلب
الجناية على البهيمة

عبد خطأ هكذا وقع في الهداية والكنز ايضا لكن التقييد بالخطأ انما يفيد في الجناية
في النفس لان الجناية في النفس اذا كانت عمدا يجب فيها القصاص فيفيد قيد الخطأ
واما فيما دون النفس اي الاطراف فلا يفيد لان خطأ العبد وعمده فيما دون
النفس سواء فانه يوجب المال في الحالين اذ القصاص لا يجري بين العبيد ولا بين
العبيد والاحرار فيما دون النفس وهل يثبت هذه الجناية باقرار العبد ففي احكام
العبيد من الاشباه انها لا يثبت بالاقرار حيث قال وكذا اقرار العبد بجناية
موجبة للدفع او الفداء غير صحيح بخلاف ما يوجب حدا وقودا انتهى فان شاء مولاه
دفعه اي دفع العبد الى ولي الجناية بها اي بمقابلة الجناية ويملكه اي العبد وليها
اي الجناية وان شاء فداه بارشها يعني ان المولى مخير بين دفع رقبة العبد الجاني
وبين الفداء بالارش لتخليص عبده لكن اختلف في الواجب الاصلي هو الدفع او الفداء
بالارش والصحيح على ما اختاره صاحب الهداية هو الدفع وللمولى ان يتخلص بالفداء ولهذا
سقط الواجب عن المولى بموت العبد الجاني لفوات محل الواجب ولو كان الواجب
الاصلي غير الدفع لما برأ المولى بهلاكه بخلاف موت الحر الجاني حيث لا يسقط الواجب
عن العاقلة بل يجب الارش على العاقلة حالا اي حال كون كل من الدفع والفداء حالا
اما الدفع فلان الواجب عند اختياره الدفع هو عين العبد والتأجيل في الاعيان
باطل لان التأجيل شرع للتحصيل ترفيها وتحصيل الحاصل باطل واما الفداء فلانه
لما جعل بدلا عن العبد في الشرع قام مقامه ولهذا سمي فداء فيأخذ حكمه وهو الحلول
فان مات العبد قبل ان يختار المولى شيئا من الدفع والفداء بطل حق المجني عليه
لفوات محل حقه وان مات بعد ما اختار الفداء لا يبطل لتحول الحق من رقبة العبد الى
ذمة المولى فان فداه فجنى ثانيا فالحكم كذلك اي كحكم الجناية الاولى لانه لما فدى خلص
الجاني عن الجناية الاولى فصارت كان لم يكن فيجب بالثانية ابتداء الدفع والفداء
لانها ابتداء جناية وان جنى جنايتين دفعه بهما اي بمقابلة الجنايتين فيقتسمانه
اي يقتسمان وليا الجنايتين العبد الجاني بنسبة حقوقهما لو قال حقيهما لكان اوقع

في الهداية لكان اولى ومعنى بنسبة حقوقهما على قدر ارش جنايتهما كذا في الهداية
وهذا لان المستحق انما يستحقه عوضا عما فات عليه فلا بد من ان يقسم على قدر
المعوض اوفداه اى العبد الجاني بارشهما لان تعلق الجناية الاولى برقبته لا يمنع
تعلق الجناية الثانية برقبته ايضا كالديون المتلاحقة الا يرى ان ملك المولى لم
يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع فان قيل ما الفرق بين هذا
وبين فان تعلق حق المرتهن به يمنع تعلق الثاني به حتى ان الراهن لو مات
بعد الرهن وعليه ديون اخرى سوى دين المرتهن لحقته قبل الرهن او بعده لا يتعلق
سائر الديون بالرهن فقد منع تعلق الدين الاول برقبته غيره وههنا لم يمنع اجيب
بان في الرهن ايفاء واستيفاء حكما فكان المرتهن قد استوفاه فلا يتعلق به غيره
وليس في الجناية كذلك وان جنى جنايات فكذلك الحكم اى اما يدفعه المولى الى اولياء
الجنايات فيقتسمون العبد المدفوع اليهم على قدر حصصهم واما ان فداه بجميع
اروشهم لما ذكرناه من ان تعلق الجناية الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثاني بها ولو
جنى جنايتين مختلفين بان قتل واحدا وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين
على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات فانه لو شج رجلا موضحة ورجلا آخر
هاشمة وآخر منقلة فللمولى الدفع والفداء وان اختار الدفع يدفع الى صاحب الموضحة
سدس العبد لان له خمسمائة والى صاحب الهاشمة ثلثه لان له الفا والى صاحب المنقلة نصفه
لان له الفا وخمسمائة فيقتسمون الرقبة هكذا في العناية ثم للمولى ان يفدي من بعضهم
ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد في الجنايات والشجات لان الحقوق
مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة والشجات المختلفة فيجوز ان
يختار في احدهم خلاف ما اختاره في حق الآخر بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان
حيث لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لاتحاد سببه
وهو الجناية المتحدة فان قيل ان الحق وان كان متحدا بالنظر الى السبب فهو متعدد
بالنظر الى المستحقين فكان الواجب ان يكون حكم هذه المسئلة مثل الاولى اجيب

اجيب بالمنع بانا لا نسلم ان المستحق متعدد هنا بل هو واحد لان الحق يجب للمقتول
ولا ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها فان باعه اى ان باع
المولى بيعا صحيحا العبد الجاني او وهبه او اعتقه او دبره او كاتبه او استولدها
اى الامة الجانية غير عالم بها اى بالجناية ضمن المولى الاقل من قيمته اى قيمة العبد
الجاني ومن الارش وان كان المولى عالما بها اى بالجناية ضمن الارش لان في الاول
فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون
العلم وفي الثاني صار مختارا لان التصرفات المذكورة يمنعه من الدفع لزوال الملك
بها فالاقدام عليها اختيار منه للاعراض عن الفداء بخلاف الاقرار على رواية الاصل
فانه اذا جنى العبد جناية فقال وليها هو عندك فادفعه او افده فقال هو لفلان
الغائب وديعة عندي او عارية او اجارة او رهنا لا يصير المولى بذلك مختارا
للفداء لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له مخاطب بالدفع اليه وليس
فيه نقل الملك لجواز ان لا يصدقه المقر له فان كان الامر كذلك خوطب المقر له بالدفع
او الفداء والا خوطب المقر بذلك وعلى رواية الكرخي ان الاقرار بذلك مثل البيع ونحوه
لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع وذكر في العناية نقلا عن
الايضاح ان رواية الكرخي خارجة عن الاصول اطلق البيع فشمل البيع البات
والبيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه
وبخلاف العرض على البيع لانه يصير بهما مختارا للفداء لان الملك ما زال بهما
فان قيل المشتري بشرط الخيار اذا باع بشرط الخيار لنفسه كان مجيزا للبيع والبائع
بشرط لنفسه اذا عرض على البيع كان فاسخا للبيع فلم لا يكون المولى بالبيع بشرط
الخيار لنفسه او بالعرض على البيع مختارا للفداء اجيب بان ثمة ضرورة لم
يتحقق ههنا وهي انه لو لم يجعل مجيزا وفاسخا هناك لكان تصرفا واقعا في
ملك الغير على تقدير تعذر الفسخ في الاولى وتقدير الاجازة في الثانية واما ههنا
فلو لم يجعل مختارا للفداء بهذا التصرف فلم يتبين بالدفع انه تصرف في ملك

الغير فافترقا كذا في العناية ولو باع المولى بيعا فاسدا لم يصر مختارا للفداء حتى
يسلمه لان الزوال بالتسليم بخلاف الكتابة الفاسدة مثل ان كاتب المسلم عبده الجاني
على خمر او خنزير فانه يصير مختارا للفداء لان موجبه يثبت بنفس العقد مثل القبض
وهو تعليق العتق بالاداء ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار للفداء بخلاف
ما اذا وهبه منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع
واعتاقا المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى في اختياره للفداء ولو ضربه
المولى فينقصه فهو مختار للفداء اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزء منه وكذا
اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا لانه نقصها بخلاف التزويج لانه عيب من حيث
الحكم فلا يلزم منه ان يختار الفداء وبخلاف وطء الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص
من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط
ولا يصير مختارا للفداء بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين
لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين
لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته كما لو علق عتقه بقتل زيدا او رميه او شجه ففعل

مطلب من قال لعبده ان قتلت فلانا فانت حر ففعل العبد

يعني اذا علق عتق عبده بجناية توجب الدية مثل ان يقول ان قتلت فلانا او رميته
او شججته فانت حر ففعل العبد ذلك الفعل يصير المولى مختارا للفداء عندنا خلافا
لزفر لان اختيار الفداء انما يكون بعد الجناية والعلم بها وعند تكلم المولى ذلك الكلام
ليس شيء من الجناية والعلم بها بموجود وبعد الجناية لم يوجد من المولى فعل يصير به
مختارا للفداء ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود
الشرط كالمنجز لا قبله فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا ترى ان من قال لامرأته
ان دخلت الدار فوالله لا اقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا
اذا قال لها اذا مرضت فانت طالق فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير
فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود المرض ولانه مولاه حرضه على مباشرة الشرط
بتعليق اقوى الدواعي الى القتل والظاهر انه يفعله وهذا دلالة الاختيار هذا

وهذا دلالة الاختيار هذا اذا علقه بجناية توجب الدية كالخطأ وشبه العمد وان
علقه بجناية توجب القصاص بان قال له ان ضربته بالسيف فانت حر فلا يجب
على المولى شيء بالاتفاق لانه لا فرق بين الحر والعبد في القصاص فلم يكن المولى مفوتا
حق ولي الجناية بالعتق وان قطع عبد يد حر عمدا فدفع العبد اليه اي الى الحر
المقطوع يده فاعتقه الحر المدفوع اليه فسرى القطع فمات الحر منه فالعبد صلح
بالجناية سواء كان دفع اليه بالقضاء او لا وان لم يكن المقطوع يده اعتقه يرد
العبد على سيده فيقاد او يعفى وهذا لانه اذا لم يعتقه وسرى تبين ان الصلح كان
باطلا لان الصلح وقع على المال وهو العبد عن دية اليد لان القصاص لا يجري بين الحر
والعبد في الاطراف وبالسراية تبين ان دية اليد غير واجبة وانما الواجب القصاص
فكان الصلح واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث شبهة كما لو وطئ مطلقته
الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها فانه لا يصير شبهة في درء الحد فكذا هذا
فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لان الاقدام على الاعتاق يدل على قصده تصحيح
الصلح لان الظاهر ان من يقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة لهذا الصلح الا
وان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح
وقد دل الدليل على الرضا لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل يكون ارضى بكونه
عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم
يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على
خيرتهم في العفو والقتل وكذا لو كان القاطع حرا فصالح القاطع المقطوع يده على
عبد ودفعه اي دفع القاطع العبد المصالح عليه اليه اي الى المقطوع يده فان اعتقه
المقطوع يده ثم سرى القطع الى النفس ومات منه فهو اي هذا الصلح صلح بها
اي بالجناية فان لم يعتقه فسرى القطع رد العبد الى سيده واقيد او يعفى كما في
المسئلة الاولى والاولى ان يذكره ولم يقتصر على ذكر القود لان ولي الجناية مخير بين
القود والعفو بعد الرد الى سيده كما في المسئلة الاولى على ما صرح به في الهداية

والزيلعي ثم قال في الزيلعي ان هذه المسئلة ترد اشكالا على قول ابي ح في مسئلة تقدم
ذكرها وهي ان من قطعت يده عمدا فعفى عن القطع فمات منه فعلى قاطع الدية
في ماله عند ابي ح لا القود فانه حكم في هذه المسئلة ببطلان العفو عن القطع وعدم
وجوب القود وحكم فيما نحن فيه ببطلان الصلح ووجوب القود فيما اذا لم يعتق
العبد وببقاء العبد وبقاء الصلح فيما اذا اعتقه ثم اجاب عنه بان ما ذكر فيما نحن فيه
من مسئلة الصلح فيما اذا لم يعتق جواب القياس وما ذكر فيما تقدم من مسئلة العفو
عن القطع ثم السراية جواب الاستحسان فيكون وضع المسئلتين على القياس والاستحسان
وقيل بالفرق بينهما ووجه الفرق ان الصلح عن الجناية على مال يقرر الجناية ولا
يبطلها لان الصلح عن الجناية استيفاء للجناية معنى لاستيفاء بدلها واذا بقيت
الجناية يتوفر عليه عقوبتها وهو القصاص واما العفو فهو مقدم للجناية والعفو
عن العفو وان بطل بالسراية الى النفس لكن بقيت شبهة لوجود صورة العفو
وهي كافية لدرء الحد واما اذا اعتقه فجوابه هذا الفرق الذي ذكرناه لان العتق
يحصل صلحا ابتداء بخلاف العفو وعلى قولهما ترد اشكالا ايضا في الصورتين لانهما
كانا يجعلان العفو عن القطع في المسئلة المتقدمة عفوا عما يحدث منه وفي هذه المسئلة
اي مسئلة الصلح لم يجعلاه كذلك بل اوجبا القصاص عليه اذا لم يعتقه وجعلاه صلحا
مبتداء اذا اعتقه فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة التي ذكرت قبلها
وهي قوله وان قطع عبد يد حر فدفع اليه فاعتقه الى اخره حتى خص في الهداية
والزيلعي ورود الاشكال المذكور بهذه المسئلة دون ما ذكر قبلها اجيب بان دفع
العبد في هذه المسئلة بطريق الصلح حيث قال فصالحه المقطوع والصلح
متضمن للعفو فتكون هذه المسئلة نظير المسئلة المتقدمة اعني مسئلة العفو
عن القطع فترد الاشكال المذكور ولا كذلك المسئلة المذكورة قبل هذه المسئلة
لان الدفع فيها ليس بطريق الصلح بل بطريق الدفع ولهذا قال فيها فدفع
اليه فلا ترد هذه المسئلة اي مسئلة الدفع اشكالا على مسئلة العفو وان

وان جنى ماذون مديون خطأ فاعتقه سيده غير عالم بها اي بالجناية ضمن
لرب الدين الاقل من قيمته ومن دينه ولولي الجناية الاقل من قيمته ومن ارشها
اي ارش الجناية وهذا لان السيد اتلف بالاعتاق حقين الدفع لولي الجناية والبيع
للدين كل منهما مضمون بكل القيمة عند الانفراد اذا كانت القيمة اقل من الدين ومن
الارش فكذلك عند الاجتماع لان الاجتماع بين الحقين ههنا ممكن ايفاء من الرقبة
الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية اولا ثم يباع للغرماء فاذا كان كذلك يضمنهما لان
الاتلاف ورد عليهما الاجتماعهما فيه بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي والمسئلة بحالها
حيث يجب عليه قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى
بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته حق الدفع لانه دون الملك لان الحق دون الحقيقة
وههنا يجب لكل منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما كذا في الهداية
والاصل هنا ان العبد اذا جنى وعليه دين يخير المولى بين الدفع والفداء فان دفع
الى ولي الجناية بيع في دين الغرماء فان فضل شيء كان لاصحاب الجناية لان الغريم
مقدم في المطالبة على ولي الجناية معنى وانما بدانا بالدفع الى ولي الجناية لان
فيه توفير الحقين فان حق ولي الجناية يصير موفى بالدفع ثم يباع بعده لارباب
الديون ومتى بدانا ببيعه في الدين تعذر الدفع للجناية لانه تجدد الملك للمشتري
ولم يوجد في يده جناية فان قيل ما فائدة الدفع اذا كان البيع بالدين بعده واجبا
اجيب بانها اثبات حق الاستخلاص لولي الجناية بالفداء بالدين فان للناس
في الاعيان اغراضا وانما لم يبطل الدين بحدوث الجناية لان موجبها صيرورته
حرا فان كان مشغولا وجب دفعه مشغولا ثم اذا بيع وفضل من ثمنه شيء صرف
الى ولي الجناية لانه بيع على ملكه وان لم يف بالدين تاخر الدين الى حال الحرية
كما لو بيع على ملك المولى الاول وانما قيد المسئلة بعدم العلم ليثني عليه ضمان
القيمتين لانه لو اعتقه وهو عالم بالجناية كان عليه الدية في النفس ولاولياء
الجناية وقيمة العبد لصاحب الدين لان الاعتاق بعد العلم بالجناية يوجب الارش

دون القيمة. ولو ولدت امة ماذونة مديونة بيع الولد معها اي مع الامة في دينها
اي دين الامة. ولو جنت الامة الماذونة لها لا يدفع ولدها في جنايتها والفرق بينهما
ان الدين وصف حكمي في الامة واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء حتى صار
المولى ممنوعا من التصرف في رقبتها ببيع او هبة او غيرها فكانت من الاوصاف
الشرعية القارة في الام فتسري الى الولد كالكتابة والتدبير والرهن واما موجب
الجناية فالدفع او الفداء وذلك في ذمة المولى لا في ذمة الامة حتى لم يصر المولى ممنوعا
من التصرف في رقبتها ببيع او هبة او استخدام وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي
الحسي وهو الدفع فلا يسري الى الولد لكونه وصفا غير قار حصل عند الدفع
واما قبل الدفع فرقبتها كانت خالية عن حق ولي الجناية. فان قيل لا نسلم ان دين
الامة في ذمتها فان المولى ان اعتقها ضمن قيمتها ولو كان في ذمتها لما ضمن
كما لو قتل مديونا انسان فانه لا يضمن دينه اجيب بان وجوب ضمان قيمة الامة
المديونة او العبد المديون على المولى لتفويته ما تعلق به حق الغرماء بيعا
واستيفاء من ثمنه لا باعتبار وجوب الدين على المولى والا لوجب عليه ايفاء
الديون لا ضمان قيمة العبد وانما لا يضمن القاتل دين من قتله لعدم المماثلة
بين المتلف وهو الدين وما يقابله من العين ضمانا وضمان العدوان يعتمد المماثلة.
لا يقال ان تلك الامة الجانية اذا جني عليها قبل دفعها واخذ المولى الارش
ممن جنى عليها وجب دفع الارش مع الامة الجانية فلم لم يدفع ولدها
معها لانا نقول ان الارش بدل جزئها وحق ولي الجناية يتعلق بجميع اجزائها
فان فات جزء منها واخلف بدلا تعلق به كما اذا قتلت واخلفت اعتبارا
للجزء بالكل بخلاف الولد فانه بعد الانفصال ليس بجزء ولا بدلا عن جزء ثم
شرط سراية الدين الى الولد ان يكون الولادة بعد لحوق الدين واليه
اشار بقوله ولو ولدت ماذونة مديونة لانها اذا ولدت ثم لحقها
الدين لا يتعلق حق الغرماء بالولد فلا يباع الولد معها في دينها بخلاف

الاكتساب حيث يتعلق حق الغرماء بما كسبت قبل الدين وبعده لان لها
يدا معتبرة في الكسب حتى لو نازعها فيه احد كانت هي الخصم فيه فباعتبار الخصم
كانت هي احق به من سيدها لقضاء دينها بخلاف الولد فانه انما يستحق بالسراية
وذلك قبل الانفصال لا بعده كولد المكاتبة والمدبرة وام الولد وكولد الاضحية
ولو اقر رجل ان زيدا حرر عبده الضمير راجع الى زيد فقتل ذلك العبد ولي
المقر خطأ فلا شيء له اي للمقر لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد اقر انه لا يستحق
على المولى شيئا من دفع العبد او الفداء بالارش وانما يستحق الدية على عاقلة
العبد لانه حر على زعمه فيصدق في حق نفسه لزعمه فسقط الدفع والفداء
عن المولى ولا يصدق في دعواه الدية عليهم الا بحجة. واعلم ان الموضوع المسئلة
فيما اذا كان الاقرار بالحرية قبل جناية العبد كما ترى وهكذا وضع صاحب الهداية.
وذكر في المبسوط الاقرار بالحرية بعد جناية العبد وهما لا يتفاوتان في الحكم
وان قال معتق على صيغة اسم المفعول قتلت اخا زيد قبل عتقي وقال زيد
بل قتلت انت بعده اي بعد عتقك فالقول للمعتق لانه منكر للضمان لانه اسند
اقراره الى حالة معهودة منافية للضمان عليه اذ الكلام في عبد معروف الرق
والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فداء وصار كما اذا قال البايع العاقل
طلقت امراتي وانا صبي او بعت داري وانا صبي او طلقت امراتي وانا مجنون
وكان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا وان قال المولى لامة اعتقها قطعت
يدك قبل العتق وقالت بل بعده فالقول لها وكذا كل ما نال منها اي من الامة كقوله
اخذت منك هذا المال قبل ما اعتقتك وقالت الامة بل بعده فالقول لها لان
المولى اقر بسبب الضمان ثم ادعى البراءة وهي تنكر فالقول للمنكر الا الجماع والغلة
اي قال لها جامعتك وانت امتي وقالت هي بل جامعتني بعد العتق فالقول
قول المولى استحسانا وكذا لو قال لها اخذت منك غلة عملك وانت امتي
وقالت هي بل اخذت مني بعد العتق فالقول للمولى استحسانا هذا عند

ابي ح وابي يوسف وعند محمد لا يضمن الا شيئا بعينه يعني لو كان المولى اقر باخذ
شيء منها بعينه والماخوذ قائم في يده واختلفا فيه على الوجه المذكور يضمن
بالاجماع فانه يؤمر برده اي ذلك الشيء القائم في يده بعينه اليها اي الى الامة
لانه منكر وجوب الضمان لاسناد الفعل الى حالة معهودة منافية للضمان
كما في المسئلة الاولى وهي حالة الرق وفي الجماع والغلة وفي القائم في يده اقر بيدها
حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التمليك عليها وهي تنكر والقول قول المنكر
ولهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرأ به فلا يكون
القول قوله بلا بينة وهذا لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان لانه
يضمن يدا منها لو قطعها وهي مديونة بخلاف الجماع والغلة لان وطي المولى
امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اذا اخذ من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب
الضمان فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافية للضمان في حق الجماع والغلة
ولو امر عبد محجور او صبي صبيا بقتل رجل فقتله الصبي المامور فالدية على
عاقلة القاتل وهو الصبي المامور بالقتل لان الصبي هو المباشر وعمده وخطأه
سواء فتجب الدية على عاقلته ولا شيء على الآمر عبدا محجورا او صبيا لانهما لا يؤاخذان
بقولهما لان المؤاخذة باعتبار الشرع والشرع لم يعتبر قولهما ورجعوا
اي عاقلة القاتل على العبد بعد عتقه لانه اوقع الصبي في هذه الورطة ولا
قصور في اهليته لكن قوله غير معتبر لحق المولى فيضمن بعد العتق لزوال
حقه بالاعتاق لا على الصبي الآمر لانه قاصر الاهلية قال في شرح الزيادات للعتابي
لا يرجع العاقلة على العبد ايضا ابدا لان هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على
العبد وقد تعذر ايجابه على المولى لمكان الحجر وقال في الزيلعي وهذا اوفق للقواعد
الفقهية الا ترى ان العبد اذا اقر بعد العتق بالقتل قبله لا يجب عليه شيء لكونه
اسنده الى حالة منافية للضمان وكذا لو حفر العبد بئرا فاعتقه مولاه ثم وقع
فيها انسان لا يجب على العبد شيء وانما يجب على المولى قيمته لان جناية العبد

مطلب
او عبد
صبي
امر صبيا بقتل رجل
فقتله لا شيء
على الامر

العبد لا يوجب عليه شيئا وانما توجب على المولى فتجب عليه قيمة واحدة ولو مات
فيها الف نفس فيقتسمونها بالحصص ولو كان مامورا لعبد مثله اي لو امر
عبد محجور عليه عبدا محجورا عليه مثله بقتل زيد فقتله العبد المامور دفع السيد
اي سيد العبد القاتل العبد القاتل الى ولي المقتول او فداه ان كان القتل
خطأ او كان العبد المامور صغيرا لان خطأ الصغير وعمده سواء ولان الصغير
لا يؤاخذ بقوله شرعا ولا يرجع سيد القاتل على الآمر في الحال لان الآمر قول
المحجور عليه غير معتبر شرعا فلا يؤاخذ به في الحال ويجب ان يرجع عليه اي على
الآمر بعد عتقه بالاقل من قيمته ومن الفداء لانه غير مضطر في دفع الزيادة حتى
يرجع عليه بالزيادة ايضا بل هو مختار في دفعها لانه يتخلص عن عهده باعطاء الاقل
من الفداء او قيمة العبد لانه انما اتلف عليه ما هو الاقل منهما وان كان القتل
عمدا والمامور كبيرا اقتص لجريان القصاص بين الحر والعبد لان العبد من اهل
العقوبة بالقصاص وان قتل عبد حرين اي عمدا كذا في الهداية لكل منهما وليان
فعفا احد وليي كل منهما دفع المولى نصفه اي نصف العبد القاتل الى الوليين
الاخرين اي الذين لم يعفوا او فداه بدية كاملة عشرة الاف درهم لهما اي للاخرين
لانه لما عفى احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص في الكل وانقلب نصيب
الساكتين مالا وهو دية كاملة لان كل واحد من المقتولين يجب له قصاص كامل
على حدة فاذا سقط القصاص وجب انه ينقلب كله مالا وذلك ديتان فيجب على
المولى عشرون الفا او دفع العبد غير ان نصيب العافين سقط مجانا فانقلب نصيب
الساكتين مالا وذلك دية واحدة لكل واحد منهما نصف الدية او نصف العبد
لها فيخير المولى بينهما وان قتل العبد احدهما اي احد الحرين عمدا والاخر خطأ
فعفا احد ولي العمد فدا بدية كاملة لولي الخطأ وبنصفها لاحد ولي العمد
او دفع العبد اليهم لان ولي الخطأ حقهما في الدية عشرة الاف درهم وحق
ولي العمد في القصاص فاذا عفا احدهما انقلب نصيب الاخر مالا وهو نصف الدية

خمسة الاف درهم فاذا فداه فدا بخمسة عشر الاف درهم عشرة الاف لولي الخطأ وخمسة
الاف لغير العافي من وليي العمد وان دفعه اليهم دفعه اثلاثا يقتسمونه اثلاثا
ثلثاه لولي الخطأ وثلث الساكت من ولي العمد عولا لان حقهم في الدية فيضرب
وليا الخطأ وهما اثنان في خمسة عشر الاف ويضرب غير العافي من وليي العمد بخمسة
الاف هذا عند ابي ح وعندهما ارباعا منازعة اي يقتسمونه ارباعا بطريق المنازعة
لا بطريق العول فثلاثة ارباعه لولي الخطأ وربعه لغير العافي من ولي العمد لان نصفه
مسلم لولي الخطأ فلا منازعة فيه واستوت منازعتهم في النصف الاخر فينتصف
النصف الاخر المنازع فيه واصل هذا الاختلاف ما اتفقوا عليه ان قيمة العين اذا
وجبت بسبب دين في الذمة كالغريمين في التركة كانت القسمة بطريق العول
والمضاربة لعدم التضايق في الذمة فيثبت حق كل واحد منهما على وجه الكمال
فيضرب بجميع حقه اما اذا وجبت قيمة العين ابتداء لا بسبب دين في الذمة كما في مسئلة
الفضولي بان باع فضولي عبدا لشخص كله وفضولي اخر باع نصفه واجاز المالك
البيعين كان العبد بين المشتريين ارباعا فكانت القسمة بطريق المنازعة لان
الحق الثابت في العين ابتداء لا يثبت بصفة الكمال عند المزاحمة لان العين الواحدة
يضيق عن الحقين على وجه الكمال اذا ثبت هذا قال ابو يوسف ومحمد في هذه المسئلة
ثلاثة ارباع العبد المدفوع لولي الخطأ وربعه للساكت من ولي العمد لان حق ولي
العمد كان في جميع الرقبة فاذا عفى احدهما بطل حقه وفرغ النصف فيتعلق حق
ولي الخطأ بهذا النصف بلا منازعة بقي النصف الاخر واستوت منازعة ولي الخطاء
والساكت من ولي العمد في هذا النصف فصار هذا النصف بينهما نصفين فكانت
القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا كما في مسئلة الفضوليين ولابي ح ان اصل
حقهما ليس في عين العبد بل في الارش الذي هو بدل المتلف والقسمة في غير العين
يكون بطريق العول والمضاربة وهذا لان حق ولي الخطأ في عشرة الاف وحق شريك
العافي في خمسة الاف فيضرب كل واحد منهما بحصته كرجل عليه ثلاثة الاف درهم

درهم الفان لرجل والف لاخر مات وترك الف درهم فكانت التركة بين صاحبي الدين
اثلاثا بطريق العول والمضاربة ثلثاها لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف كذلك
هذا بخلاف بيع الفضولي لان الملك يثبت للمشتري في العين ابتداء وان قتل عبد
لاثنين اي مشترك بينهما قريبا لهما من ابيهما او اخيهما او ابنهما او غيره
وكذا اذا كان العبد لقريب لهما او لمعتقهما فقتل ذلك العبد مولاه فورثاه
كذا في الزيلعي فعفا احدهما بطل الكل اي حق كل واحد من العافي وغير العافي
ولا يستحق غير العافي منهما شيئا غير نصيبه الذي كان له من قبل هذا عند ابي ح
وقالا يدفع العافي نصف نصيبه الى الاخر او يفديه بربع الدية اي مخير بينهما
لان حق القصاص عليه ثابت للمولى على سبيل الشيوع لان ملك المولى لا يمنع استحقاق
القصاص له لان العبد في حق الدم يبقى على اصل الحرية والمولى من دمه كالاجنبي
فيستحق دمه بالقصاص فاذا عفى احدهما انقلب نصيب الاخر وهو النصف مالا غير
انه شايع في الكل فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه فما يكون
في نصيبه سقط ضرورة ان المولى لا يستوجب على عبده دينا وما كان في نصيب
صاحبه بقي وهو نصف النصف وهو الربع فلذلك يدفع نصف نصيبه الى الاخر
وهو الربع او يفديه بربع الدية ولابي ح ان نصيب العافي قد سقط ونصيب الاخر
وهو النصف يحتمل ان يكون كله في ملك شريكه فينقلب مالا ويحتمل ان يكون
كله في ملك نفسه فيبطل اصلا ويحتمل ان يكون نصفه في ملك نفسه
ونصفه في نصيب العافي فينقلب نصف هذا النصف وهو الربع مالا فلما احتمل
هذا واحتمل ذلك لا ينقلب مالا لان المال لا يجب بالشك وقيل محمد مع الامام والاشهر انه
مع ابي يوسف **فصل** دية العبد قيمته اي من قتل عبدا خطأ تجب عليه قيمة
العبد فان كانت قيمته قدر دية الحر وهي عشرة الاف درهم او اكثر نقصت
عن دية الحر عشرة دراهم اشعارا بانحطاط درجة الرقيق عن درجة الحر
وتعيينها العشرة باثر عبد الله ابن عباس رضي الله عنهما وهو لا يبلغ بقيمة العبد

دية الحر وينقص منه عشرة دراهم وهكذا روي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه
وكذا اي نقصت عشرة دراهم عن دية الحرة وهي خمسة آلاف لو كانت قيمة الامة
كدية الحرة او اكثر لما ذكرناه هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال به ابو يوسف ايضا اولا ثم
رجع وقال الشافعي معه يجب قيمته بالغة ما بلغت وفي الغصب يجب قيمته بالغة
ما بلغت حتى لو غصب عبدا قيمته عشرون الفا وهلك في يده يجب عشرون الفا بالاتفاق
لابي يوسف والشافعي في الخلافية ان الضمان بدل المالية لا بدل الدم وبدل المالية بالقيمة فالقيمة
بالقيمة اما انه بدل المالية فلانه يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل
العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا او ان بقي العين او بدلا ان
هلكت فصار كقليل القيمة وكالغصب ولو كان بدل الدم لوجب للعبد اذ العبد في حق
الدم بقي على الحرية واما ان بدل المالية بالقيمة فظاهر لان ضمان المال بالمال ولابي حنيفة ومحمد
ان الله تعالى اوجب الدية مطلقا فيمن قتل خطأ حرا كان او عبدا لقوله تعالى ودية مسلمة
الى اهله والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولانه فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا
وفيه معنى المالية حتى ورد عليه الملك بلا خلاف والآدمية اعلاهما فالمحالة فيجب اعتبارها
باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما اذ العكس يفضي الى اهدارهما جميعا لان الآدمية
اصل لقيام المالية بها وفي اهدار الاصل اهدار التابع واهدار احدهما اولى من اهدارهما معا
فان قيل لا نم ان الجمع بينهما متعذر بل بايجاب القيمة بالغة ما بلغت يوجد الجمع بينهما
اجيب بان الجمع انما يوجد بايجاب الدية مع كمال القيمة وذلك لا يجوز القول لخروجه
عن الاجماع بخلاف ضمان الغصب فانه بمقابلة المالية دون الآدمية لان الغصب لا يرد
الا على المال وبقاء العقد يتبع فائدته لا المالية الا ترى انه يبقى بعد قتله عمدا
ايضا وان لم يكن القصاص مالا ولا بدلا عن المالية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة
الآدمية الا انه لم يسمع فيه نص فقدرناه بقيمته رأيا اذ هو الاعدل بخلاف كثير القيمة
فانه وان لم يسمع فيه نص ايضا لانه ورد في الحر الا ان قيمة الحر مقدرة بعشرة
الاف ونقصنا منها في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة باثر ابن

ابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم كما ذكرناه وما قدر اي لطرف الحر من دية
الحر قدر اي لطرف الرقيق من قيمة الرقيق لان القيمة في العبد كالدية في الحر لانها
بدل الدم ففي موضحة العبد مثلا نصف عشر قيمة العبد لانه يجب في موضحة الحر
نصف عشر الدية ومما يتفرع عليه ايضا ما ذكره بقوله ففي يده اي في اتلاف يد الرقيق
نصف قيمته لانه يجب في اتلاف يد الحر نصف الدية ففي يد العبد نصف القيمة
ولا يزاد نصف القيمة على خمسة آلاف الا خمسة يعني يجب في يد الرقيق خمسة آلاف
الا خمسة اذا كانت قيمته عشرة او اكثر لان الواجب في نفسه عشرة الاف الا عشرة على ما
تقدم ففي يده خمسة آلاف الا خمسة لان اليد نصف الآدمي فيجب فيه نصف ما في النفس
اعتبارا للجزء بالكل الا انه ينقص هذا المقدار اي خمسة اظهارا لدنو مرتبته من الحر
كذا في الهداية والزيلعي واكثر الكتب وقال في النهاية هذا الذي ذكره صاحب الهداية
خلاف ظاهر الرواية لانه ذكر في المبسوط فاما طرف المملوك فقد بينا ان المعتبر فيه
المالية لانه لا يضمن بالقصاص ولا بالكفارة ولهذا كان الواجب فيه القيمة بالغة ما
بلغت الا ان محمدا قال في بعض الروايات القول بهذا يؤدي الى انه يجب بقطع طرف
العبد فوق ما يجب بقتله بان كانت قيمته مثلا مائة الف درهم فانه يقطع يده
يجب خمسون الفا وبقتله عشرة الاف الا عشرة فلا يزاد على نصف بدل نفسه
فيكون الواجب خمسة آلاف الا خمسة وصحح في الدرر الرواية الظاهرة وعلى هذا
سائر الاعضاء وفي لحيته روايتان والصحيح انه يجب فيها حكومة عدل لان
المقصود من العبد الخدمة لا الجمال قطع على صيغة المجهول يد عبد عمدا فاعتق
اي اعتقه مولاه فسرى القطع الى النفس ومات العبد منه اقتص القاطع منه اي من
ذلك القتل ان كان وارثه سيده فقط والا اي وان كان له وارث غير سيده فلا
يقتص منه لاشتباه من له حق الاستيفاء حينئذ لانه على اعتبار حالة الجرح يكون
الحق للسيد وعلى اعتبار حالة الموت يكون الحق للورثة فيتعذر الاستيفاء فلا
يجب على وجه يستوفى فان قيل سلمنا ان من له حق الاستيفاء مشتبه لكن قد يزول

الاشتباه باجتماعهما قلنا اجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين فان الملك
للمولى وقت الجرح وعند الاجتماع لا يثبت الملك لكل واحد منهما على الدوام في الحالين
فلا يكون الاجتماع مفيدًا فان قيل يجوز ان يأذن كل واحد منهما لصاحبه فيكون
مفيدا اجيب بان الاذن انما يصح اذا كان الاذن ممن يملك الاذن وهذا ليس كذلك هنا
بخلاف العبد الموصى بالخدمة لرجل وبرقبته لآخر فان كل واحد منهما لم ينفرد بالقصاص
لان الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة والموصى له بالرقبة اذا استوفى القصاص سقط
حق الموصى له بالخدمة فاتت لا الى بدل فلا يملك ابطال حقه ولكن اذا اجتمعا فقد رضي
الموصى له بالخدمة بفوات حقه فيستوفيه الآخر لزوال الاشتباه فكان الاجتماع فيه مفيدًا
هذا عند ابي ح وابي يوسف وعند محمد لا قصاص اصلا وعليه ارش اليد وما نقص الى
حين العتق قال لا قصاص فيه مطلقا سواء كان له وارث غير سيده او لم يكن بل على القاطع
ارش اليد للمولى وما نقصه القطع الى وقت العتق ولا يجب عليه ما نقصه بعد العتق
لانه لما اعتقه فقد اخرجه عن ملكه فيبطل حكم السراية له في الخلاف فيه ان سبب الولاية
قد اختلف لانه الملك على اعتبار حالة الجرح والوراثة بالولاء على اعتبار حالة الموت
فنزل اختلاف السبب منزلة اختلاف المستحق في الاتفاقية فيما يحتاط فيه وفي
اختلاف المستحق لا قصاص بالاتفاق فكذا هذا فصار كما اذا قال الآخر بعتني هذه الجارية
وقال الآخر لا بل زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف سبب الحل والوطء مما يحتاط فيه
بخلاف ما اذا اقر لرجل بالف درهم من القرض وقال المقر له من ثمن مبيع فانه يقضى له
عليه بالالف وان اختلف السبب لان الاموال يثبت مع الشبهة فلا يبالي باختلاف
السبب عند اتحاد الحكم ولهما انا تيقنا ثبوت الولاية للمولى عند عدم الوارث غيره
فيستوفيه لان المقضى له معلوم والحكم متحد فامكن الايجاب والاستيفاء لاتحاد
المستوفي ولا معتبر باختلاف السبب بعد ذلك كما في مسئلة الاقرار بخلاف المسئلة
الاولى اعني اختلاف مستحق الاستيفاء لان المقضى له مجهول كما عرفت وبخلاف مسئلة
الجارية لان الحكم فيها مختلف اذ ملك اليمين يخالف ملك النكاح في الحكم لان ملك النكاح

النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين لا يثبته مقصودا وقد لا يثبته اصلا ومن
قال لعبديه احدكما حر فشجا على صيغة المجهول اي صارا مشجوجين فبين المولى
الحرية في احدهما بان قال اردت هذا فارشهما له اي للمولى لان العتق اضيف الى
احدهما لا على التعيين فلم يكن نازلا في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين
في حق الشجة فيجب ارشهما للمولى وان قتلا اي بعد ان قال المولى احدكما حر هو على صيغة
المجهول ايضا فله اي للمولى على القاتل دية حر لورثته او قيمة عبد مملوكا ان كان القاتل
واحدا وان قتل كلا اي كل واحد من العبدين واحد فقيمة العبدين والفرق ههنا
ان البيان وهو تعيين العتق المبهم في احدهما انشاء من وجه على ما عرف في الاصول
من ان البيان انشاء من وجه حتى يشترط فيه صلاحية المحل للانشاء فلو مات احدهما
فبين العتق فيه لا يصح البيان لفوات المحل واظهار من وجه حتى يجبر عليه ولو
كان انشاء من كل وجه لما اجبر عليه لان المرء لا يجبر على انشاء عتق عبده بخلاف
الشجة فان العبد بعد الشجة محل للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت
لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فيجب قيمة عبد
ودية حر بخلاف ما اذا قتل كلا رجل آخر حيث تجب فيه قيمة العبدين لانا لم نتيقن
بقتل كل واحد منهما حر وكل من القاتلين ينكر ذلك فعليهما قيمتهما قال في العناية
والاصل في هذا ان القاتل اما ان يكون واحدا او اثنين فان كان واحدا فاما ان قتلهما
معا او متعاقبا فان كان الاول فالحكم وجوب القيمة للمولى والدية للورثة فان لم يكن له
وارث غير المولى فظاهر وان كانت فكل واحد منهما تجب دية في حال وقيمة في حال
فينقسم ذلك باعتبار الاحوال وهذا اذا استوت القيمتان واما اذا اختلفا فعليه نصف
قيمة كل واحد منهما ودية حر لانا تيقنا انه قتل عبدا وحرا وقتل الحر يوجب الدية
وليس احدهما اولى من الآخر فيلزمه نصف قيمة كل واحد منهما ونصف دية كل
واحد وان كان الثاني فقد تعينت الحرية في الثاني بقتل الاول فكان على القاتل
قيمة الاول للمولى ودية الثاني للورثة وان كان القاتل اثنين فاما ان قتلا معًا

ومتعاقبا فان كان الاول كان على كل واحد منهما قيمة عبد لان كل واحد من القاتلين
انما قتل احدهما بعينه فالمعتق وحق المعين كان غير نازل وانما هو نازل بالمنكر
ولا يتيقن ان كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر فيجب على كل واحد منهما القدر المتيقن
به وهو القيمة ولم يبين في المبسوط ان ذلك للمولى او لورثتهما وقيل هذا والاول
سواء النصف للمولى من كل واحد منهما والنصف للورثة لان العتق في حق
المولى ثابت في احدهما فلا يستحق بدل نفسه فيوزع ذلك عليهما نصفين
وان لم يدر ايهما قتل اولا فالحكم كذلك وان كان الثاني فعلى القاتل الاول
قيمة الاول لمولاه وعلى الثاني دية الثاني لورثته لان العتق تعين فيه وقد ظهر
لك من هذا ان ما ذكره المص فيما اذا قتلهما معا سواء كان القاتل واحدا او
اثنين ومن فقاء عيني عبد فان شاء سيده دفعه اليه واخذ قيمته او امسكه
ولا شيء له اي لسيده مما نقصه الفقاء عند ابي ح وعندهما ان امسكه فله
ان يضمنه نقصانه وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل
الضمان مقابلا بالفائت فيبقى الباقي على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او
فقاء احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق
الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات فقط بل هي معتبرة في الاطراف
ايضا بل اعتبارها في الاطراف اولى لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال
فاذا كانت المالية معتبرة فيها وقد وجد اتلاف النفس من وجه ايضا بتفويت
جنس المنفعة وهذا الضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا
للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقا عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف
عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقا
احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان
معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلنا كما في سائر الاموال فان
من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه

وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان ولابي ح ان المالية وان كانت
معتبرة في الذات فالادمية غير مهدرة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا
لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام الادمية لان
موجب الجناية على المال ان يباع رقبته فيها ثم من احكام الادمية ان لا ينقسم
على الاجزاء او الجثة ولا يتملك الجثة اي لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس
والفائت من الطرف بل يكون بازاء الفائت لا غير كما في فقا عيني الحر وان لا يتملك
الجثة ومن احكام المالية ان ينقسم موجب الجناية وهو الضمان على الاجزاء والجثة
ويتملك الجثة كما في تخريق الثوب فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم وقلنا
انه لا ينقسم اعتبارا للادمية ويتملك الجثة اعتبارا للمالية وهذا اولى مما قالاه
لان فيما قالاه اعتبار جانب المالية فقط وهو ادنى واهدار جانب الادمية وهو
اعلى ومما قاله الشافعي ايضا لان فيه اعتبار الادمية فقط

فصل وان جنى
مدبر او ام ولد ضمن السيد اي لا العاقلة لان جنايتهما في مال المولى لا على العاقلة كذا
في العناية الاقل من القيمة ومن الارش لما روي عن عبيدة بن الجراح انه قضى بجناية
المدبر على مولاه بمحضر من الصحابة من نكير منهم فحل محل الاجماع ولان المولى صار مانعا
بالتدبير والاستيلاد عن تسليم رقبته بالجناية من غير اختياره الفداء لعدم علمه
بما يحدث فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من القيمة
ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش ولا منع من المولى في اكثر من القيمة
ولا يخير بين الاكثر والاقل لانه لا يفيد في جنس واحد لانه يختار الاقل يقينا بخلاف
ما اذا كان الجاني قنا حيث يخير بين الدفع والفداء فلا يجب الاقل لان فيه فائدة
لاختلاف الجنس لان من الناس من يختار دفع العين ومنهم من يختار دفع النقد
على ما هو الايسر عنده فان جنى جناية اخرى يشارك ولي الجناية الثانية ولي
الجناية الاولى في القيمة ان دفعت القيمة اليه اي الى ولي الجناية الاولى بقضاء
القاضي والا اي وان لم تدفع القيمة اليه بالقضاء فان شاء ولي الجناية الثانية

اتبع ولي الاولى وان شاء اتبع المولى عند ابي ح وعندهما يتبع ولي الاولى بكل حال والاصل
ههنا ان جنايات المدبر لا توجب الا قيمة واحدة وان كثرت لانه لا منع من المولى الا في رقبة واحدة
ولان دفع القيمة فيه كدفع العين في القن ودفع العين في القن لا يتكرر فكذا ما قام مقامها
ويتضاربون بالحصص في القيمة فاذا كان كذلك اذا جنى المدبر بجناية ثم جنى اخرى وقد
دفع المولى قيمته الى ولي الجناية الاولى ان بقضاء قاض فلا شيء عليه فيتبع ولي الجناية
الثانية ولي الاولى ويشاركه فيما اخذه لان الضمان لزم المولى لاجل المنع الذي حصل منه
في الرقبة بالتدبير والاستيلاد وهو منع واحد فلا يلزمه الا قيمة واحدة فصار كالجنايات
التي اجتمعت ثم دبره المولى كما سيأتي ويتعلق حقهم برقبته على قدر حصصهم وان
دفعه بغير قضاء فولي الجناية الثانية بالخيار ان شاء اتبع ولي الاولى وان شاء اتبع المولى
لان المولى سلم الى ولي الاولى ما تعلق به حق الثاني هذا عند ابي ح وقالا لا خيار له بل
يتبع ولي الاولى سواء دفعه بقضاء او لا لان المولى دفع الى الاول ولا حق للثاني فيه
لان الجناية الثانية ليست بموجودة حين دفع ولا علم له بما يحدث فلم يكن متعديا في
الدفع فلا يلزمه الضمان ثم ان قيمته يعتبر لكل واحد منهم في حال الجناية عليه لانه
يستحق في ذلك الوقت حتى اذا قتل رجلا خطأ وقيمته الف ثم قتل آخر خطأ وقيمته الفان
ثم قتل اخر وقيمته خمسمائة يجب على المولى الفا درهم لانه جنى على الاوسط وقيمته
الفان فيكون لولي الاوسط منهما الف لا يشاركه فيه احد لان ولي الاول لا حق له
فيما زاد على الالف وانما حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو الف درهم وكذا الثالث
لا حق له فيما زاد على خمسمائة لما ذكرناه ثم يعطي خمسمائة فتقسم بين الاول
والاوسط يضرب الاول بجميع حقه وهو عشرة الاف درهم ويضرب الاوسط بما بقي
من حقه وهو تسعة الاف لوصول الالف اليه فيبقى من قيمته خمسمائة يقسم بين
الثلاثة لاستوائهم فيها فيضرب الثالث بعشرة الاف ويضرب الاول بعشرة الا
ما اخذ تلك المرة ويضرب الاوسط بعشرة الاف الا ما اخذ في المرتين كذا في الزيلعي
وان اعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لا يلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان

الضمان انما وجب عليه بالمنع ولا منع من المولى الا في رقبة واحدة فصار وجود الاعتاق
من بعد وعدمه بمنزلة واحدة وكذا الحال في ام الولد وان اقر المدبر بجناية
خطأ لا يلزم شيء على سيده في الحال ولا بعد عتقه لان موجب جناية خطأ على سيده
واقراره به لا ينفذ على سيده

باب غصب العبد

والصبي والمدبر والجناية
في ذلك اي في الغصب لما ذكر حكم المدبر في الجناية ذكر في هذا الباب ما يرد عليه وما يرد منه
وذكر حكم من يلحق به اعني العبد والصبي ولو قطع سيد يد عبده فغصب العبد
فمات العبد المغصوب من القطع اي من سرايته في يد الغاصب ضمن الغاصب قيمته اي قيمة
العبد مقطوعا يده وان قطع سيده يده عند الغاصب فمات بريء الغاصب لان الغصب
يوجب ضمان ما غصب ان لم يسترده المولى وان استرده بريء الغاصب من الضمان ففي المسئلة
لما قطع المولى في يده نقصت قيمته بالقطع فيجب على الغاصب قيمته حال كونه مقطوعا
وفي الثانية حين قطع المولى العبد في يد الغاصب صار مستردا له لاستيلائه عليه فيبرئ
الغاصب من ضمانه لوصول المغصوب الى المالك كذا في الزيلعي وذكر صاحب الهداية في هذه
المسئلة ان غصب العبد بعد قطع المولى يده يقطع السراية وقبله لا يقطعها وبين
الفرق بينهما بان الغصب سبب الملك كالبيع فيصير كانه هلك بآفة سماوية فيجب قيمته
مقطوعا ولم يوجد القاطع اي قاطع السراية في المسئلة الثانية فكانت السراية مضافة
الى البداية فصار المولى متلفا له فيصير مستردا له وكيف لا يكون مستردا وانه استولى
عليه والاستيلاء استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان واعترض بان هذا يخالف مذهبنا
فان الغصب لا يقطع السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء او رضاء لان السراية
انما ينقطع باعتبار تبدل الملك وانما يتبدل الملك به اذا ملك البدل على الغاصب
اما قبله فلا فان قيل اذا لم ينقطع السراية بالغصب فلم يضمن الغاصب
قيمته مقطوعا اجيب بانه انما ضمنه كذلك لان السراية وان لم ينقطع فالغصب
ورد على مال متقوم فانعقد سبب الضمان فلا يبرأ عنه الغاصب الا اذا ارتفع الغصب
ولم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه او مثله ويد الغاصب ثابتة على المغصوب

حقيقة وحكما وبيد المولى باعتبار السراية ثبت عليه حكما لا حقيقة لان بعد الغصب
لم يثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت حقيقة وحكما فلم
يرتفع الغصب باتصال السراية الى فعل المولى فتقرر عليه الضمان ورد بانا لا نسلم
ان يد الغاصب عليه ثابتة حكما فان يد المولى ثابتة عليه حكما ولا يثبت على الشيء
الواحد يدان حكميتان بكمالهما واليد الحقيقية واجب الدفع لكونها عدوانا
لا يصلح لا معارضا ولا مرجحا ولو غصب عبد محجور مثله اى عبدا محجورا عليه فمات
العبد المغصوب في يده اى يد الغاصب ضمن الغاصب لان المحجور عليه مؤاخذ بافعاله
في حال رقه فيؤاخذ بالغصب لانه من افعاله واما في اقواله فان كان مما يوجب
الحدود والقصاص فكذلك وان كان مما يجب به المال فلا يؤاخذ به في رقه وانما يؤاخذ
به بعد الحرية ولو غصب مدبر فجنى عند غاصبه ثم جنى عند سيده اى بعد رده
الى الغاصب اليه او بالعكس اى جنى عند سيده ثم جنى عند الغاصب ضمن سيده
قيمته لهما اى لولي الجنايتين لان المولى بالتدبير السابق اعجز نفسه عن
الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء لانه لم يعلم حين دبر بجناية يحدث
من المدبر في المستقبل فيصير مبطلا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع
منهم الا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها وتكون بين ولي الجنايتين نصفين
لاستوائهما في الموجب ويرجع السيد بنصفها اى نصف القيمة على الغاصب
لانه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب كان عند الغاصب والنصف الاخر بسبب
وجد عنده فيرجع عليه بسبب من عند الغاصب فصار كانه لم يسترد نصف لان
رد المستحق بسبب وجد عند الغاصب كلا رد ودفعه اى النصف المأخوذ من الغاصب
الى رب الجناية الاولى في الصورة الاولى اعنى انه غصب مدبر فجنى عند غاصبه ثم عند
سيده بعد الرد فالجناية الاولى هي الجناية عند الغاصب ثم رجع السيد به اى
بما دفعه الى ولي الجناية الاولى ثانيا عليه اى على الغاصب هذا عند ابي ح وابي يوسف
وعند محمد لا يدفعه ولا يرجع ثانيا لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم

ما سلم من جهته لولي الجناية الاولى لانه انما يرجع به على الغاصب بسبب ذلك فلا
يدفع اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدل والمبدل عنه في ملك شخص واحد وكيلا
يتكرر الاستحقاق فاذا لم يدفعه سلم له ما اخذه من الغاصب فلم يتصور
الرجوع عليه ثانيا ولهما ان حق ولي الجناية الاولى في جميع القيمة لانه حين
جنى عليه لا يزاحمه احد فيستحق كله وانتقص حقه باعتبار مزاحمة الثاني فاذا
وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا عن الحق اخذه ليتم حقه واذا اخذه
منه هو يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب
واعترض عليهم بان الجناية الثانية مقارنة للاولى فكيف يكون حق الاول في جميع القيمة
واجيب بان المقارنة جعلت حكما في حق التضمين لا غير حتى ضمن السيد لهما نصفين
والجناية الاولى متقدمة حقيقة وقد انعقدت موجبة لكل القيمة من غير مزاحم
وامكن توفير موجبها فلا يمتنع بلا مانع والجواب عن قول محمد انه عوض ما سلم
لولي الجناية الاولى ان الامر كذلك لكن ذلك في حق المولى والغاصب لان ما اخذ المولى
من الغاصب عوض المدفوع الى ولي الجناية الاولى واما في حق المجني عليه فليس كذلك بل هو
عوض ما لم يسلم له بالنسبة اليه من حقه لان حقه في جميع القيمة لعدم المزاحم
حين جنى عليه على ما تقدم ويجوز ان يكون الشيء الواحد عوضا لشيء بالنسبة
الى شخص ولشيء آخر بالنسبة الى شخص آخر كالذمي اذا باع خمرا وقضى بثمنها
دين مسلم يجوز له اخذه لان ملك الدراهم ثمن الخمر في حق الذمي وبدل
الدين في حق المسلم وفي الصورة الثانية اعني صورة العكس يدفعه اى يدفع النصف
المأخوذ من الغاصب الى الجناية الاولى بالاجماع اما عندهما فظاهر مما بيناه في الصورة
الاولى واما عند محمد فلانه انما منع الدفع الى ولي الاولى في الصورة الاولى كيلا
يجتمع البدل والمبدل عنه في ملك شخص واحد على ما تقدم بيانه وفي هذه الصورة
لا يلزم ذلك لان ما اخذه المولى من الغاصب في هذه الصورة عوض ما دفع الى
ولي الجناية الثانية فاذا دفع الى ولي الاولى لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد

ولا يرجع اي لا يرجع المولى بما دفع الى ولي الجناية الاولى على الغاصب ثانيا بالاجماع
لان ما دفع الى ولي الاولى بسبب جناية وجد عنده لا عند الغاصب فلا يتصور الرجوع
اليه بما دفعه الى ولي الاولى والقن في الفصلين اي الصورتين المذكورتين كالمدبر
يعني من غصب عبدا فجنى عنده ثم رده الى سيده فجنى جناية اخرى عند سيده
فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين نصفين ثم يرجع على الغاصب بنصف قيمته
فيدفع ما اخذه من الغاصب الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بما دفع على الغاصب ثانيا
عندهما وقال محمد لا يدفع ما اخذه من الغاصب الى ولي الاولى ولا يرجع به على الغاصب
بل يسلم له ما اخذه من الغاصب اعني نصف القيمة وان جنى عبد عند المولى ثم غصبه
رجل فجنى عند الغاصب جناية اخرى دفعه المولى الى ولي الجنايتين نصفين ويرجع
بنصف قيمته على الغاصب ويدفعه الى ولي الاولى ولا يرجع به ثانيا على الغاصب كما تقدم
والجواب في العبد في الصورتين كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرناه الا انه اي المولى
يدفعه اي العبد الى ولي الجنايتين وفي المدبر يدفع القيمة لعدم امكان دفع عين
المدبر لما تعلق به من الحرية. وحكم تكرار الرجوع على الغاصب وحكم تكرار الدفع
الى ولي الجناية الاولى كما في المدبر اختلافا واتفاقا ففي الصورة الاولى يتكرر
الدفع والرجوع عندهما لا عند محمد وفي الصورة الثانية يتكرر الدفع ولا
يتكرر الرجوع بالاتفاق ولو غصب رجل مدبرا مرتين فجنى عنده في كل منهما
وذلك بان غصب مدبرا فجنى عنده ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى جناية اخرى
عنده غرم سيده قيمته لهما اي لولي الجنايتين نصفين لانه منعه بالتدبير فيلزمه
قيمة واحدة لان الممنوع رقبة واحدة فلا يلزمه الا قيمة واحدة ورجع السيد
بها اي بتلك القيمة على الغاصب لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فاستحق المولى
كله بسبب كان في يده فيرجع عليه بالكل بخلاف المسئلة المتقدمة فانه هناك استحق
النصف بسبب كان في يد المالك فيرجع بالنصف كذلك ودفع المولى نصفها اي نصف
القيمة المأخوذة من الغاصب الى ولي الجناية الاولى لانه استحق كل القيمة لعدم

لعدم المزاحم عند الجناية عليه وانما انتقص حقه لوجود المزاحم بعده ثم اذا وجد
شيئا في يد المالك اخذه ليتم حقه كما تقدم ورجع المولى به اي بالنصف المدفوع الى ولي
الاولى عليه اي على الغاصب ثانيا لان استحقاق هذا النصف ثانيا كان في يد الغاصب
فيرجع به عليه ويسلم له ذلك ولا يدفع الى ولي الاولى لانه استوفى حقه ولا الى ولي الثانية
لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول عليه فيزاحمه في النصف وقد وصل اليه
ذلك النصف فكان مستوفيا حقه ايضا اتفاقا على الصحيح وقيل فيه خلاف محمد
ووجه الفرق له مذكور في الهداية وغيرها ومن غصب صبيا قال في العناية اي ذهب
به بغير اذن وليه فيكون ذكر الغصب في هذا الموضع بطريق المشاكلة انتهى والاصل
فيه ان الحر لا يدخل تحت اليد فلا يتحقق فيه حقيقة الغصب لانه ازالة اليد المحقة واثبات
اليد المبطلة حرا لان غصب العبد قد تقدم فمات في يده فجاة او بحمى فلا شيء عليه اي على
الغاصب وان مات بصاعقة او نهش حية فعلى عاقلته اي عاقلة الغاصب ديته وهذا
استحسان والقياس انه لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان الغصب في الحر
لا يتحقق الا ترى انه لا يتحقق في المكاتب وان كان صغيرا لكونه حرا يدا مع انه رقيق رقبة
فالحر رقبة ويدا اولى انه لا يضمن به وجه الاستحسان ان هذا ضمان اتلاف لا ضمان غصب
والصبي يضمن بالاتلاف لان نقله الى ارض مسبعة او الى مكان الصواعق اتلاف سببا
وهو متعد فيه بتفويت يد الحافظ وهو الولي فيضمن وهذا لان الحيات والصواعق
والسباع لا يكون في كل مكان فامكن حفظه عنه فاذا نقله اليه وهو متعد فيه فقد ازال
حفظ الولي عنه متعديا فيضاف اليه لان شرط العلة بمنزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر
في الطريق بخلاف الموت فجاة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله
الى موضع تغلب فيه الحمى والامراض نقول انه يضمن وتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا
تسبيبا بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه وان كان صغيرا فانه ليس لاحد ولاية تزويجه
فكان كالحر الكبير والحر الكبير في يد نفسه فكذا المكاتب وان كان صغيرا والحر الصغير
ليس في يد نفسه الا ترى ان وليه يزوجه بغير رضاه وهو عاجز عن حفظ نفسه

مطلب
ناقل الصبي الى ارض الحمى هل يضمن

فاذا اخرجه من يد المولى فمات متعديا ضمن فان قيل ما حكم الحر الكبير اذا غصب اى نقل الى
هذه الاماكن تعديا فاصابه شيء من ذلك اجيب عنه بان حكمه انه ينظر ان كان الناقل قيده
ولم يمكن التحرز عنه ضمن لان المغصوب عجز عن حفظ نفسه بما صنع فيه من التقييد فيجب
الضمان على الغاصب وان لم يمنع من حفظ نفسه لا يضمن لان العاقل البالغ اذا لم يحفظ
نفسه مع تمكنه منه كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن فما حكم الحر
الصغير مثل حكم الحر الكبير المقيد كذا فى العناية ولو قتل صبى عبدا مودعا عنده اى
اودعه مولاه عند الصبى ضمن عاقلته اى عاقلة الصبى ديته اى قيمته لان دية العبد

مطلب
من اودع عند صبى طعاما فاكل فلا يضمن

قيمته وان اكل الصبى طعاما او اتلف مالا اودع عنده فلا ضمان على الصبى عند ابح
ومحمد خلافا لابى يوسف والشافعى معه قالا لا يضمن فى الوجهين لانه اتلف مالا معصوما
ولابح ومحمد ان غير العبد معصوم لحق المالك وقد فوته لدفعه الى يد الصبى واما
العبد فعصمته لحقه لبقائه على اصل الحرية فى حق الدم ولو اودع عند عبد
محجور مال فاستهلكه ضمن بعد العتق لا فى الحال خلافا له اى لابى يوسف قال
يواخذ به فى الحال وهو قول الشافعى وذكر فى شرح الطحاوى ومن اودع عند
صبى مالا فهلك فى يده لا ضمان عليه بالاجماع وان استهلكه الصبى فانه ينظر ان
كان الصبى ماذونا له فى التجارة يضمن بالاجماع وان كان محجورا عليه ولكنه
قبل الوديعة بامر وليه ضمن بالاجماع فان قبل بغير اذن وليه فلا ضمان
عليه فى قول ابح ومحمد لا فى الحال ولا بعد الادراك وقال ابو يوسف يضمن فى الحال
واجمعوا على انه لو استهلك مال الغير من غير ان يكون عنده وديعة ضمن فى
الحال انتهى هكذا ذكره فى العناية وقال هذا تقسيم حسن والاقراض والاعارة
كالايداع فيهما اى فى الصبى والعبد اى لو اقرض لهما او اعير فالحكم فيهما كالحكم
فى الايداع عندهما والمراد بالصبى العاقل ويدل عليه ما قال محمد فى اصل الجامع
الصغير صبى قد عقل وفى الجامع الكبير وضع المسئلة فى صبى ابن اثنى عشر
وفى غير العاقل يضمن المال ايضا بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعل

وفعل غير العاقل معتبر كما يضمن العاقل ايضا مالا اتلفه بلا ايداع ونحوه

باب القسامة

وهى فى اللغة اسم للاقسام وفى الشرع ايمان يقسم بها
اهل محلة او دار وجد فيها قتيل به اثر جراحة يقول كل منهم بالله ما قتلت
وما علمت له قاتلا وسببها وجود القتيل فيما ذكرناه وشرطها بلوغ وعقل
وحرية ووجود اثر القتل فى الميت وتكميل اليمين وحكمها القضاء بوجوب
الدية ان حلفوا والحبس الى الحلف ان ابوا ان ادعى المولى العمد وبالدية
عند النكول اذا ادعى الخطا كذا فى العناية اذا وجد ميت فى محلة به اى بالميت
اثر القتل من جرح او خروج دم من اذنه او عينه احترز به عما خرج عن فمه
او انفه او دبره او ذكره اذ لا قسامة فيها على ما سياتى او اثر خنق
بكسر النون او ضرب ولم يدر قاتله اذ لو علم قاتله كان هو الخصم وسقط القسامة
وادعى وليه قتله عمدا او خطا على اهلها اى المحلة او بعضهم عطف على
الاهل اى على بعض اهل المحلة انما شرط الدعوى لانه صاحب الحق فشرط
دعواه ولا بينة له اذ لو كانت له بينة سقط القسامة حلف من
التحليف على صيغة المجهول خمسون رجلا منهم اى من اهل المحلة
يختارهم اى الخمسين الولى اشارة الى ان خيار تعيين الخمسين الى الولى
لا الى الامام لان اليمين حق الولى والظاهر انه يختار من يتهم بالقتل وهم الفسقة
والشبان او صالحى اهل المحلة لان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ فيظهر
القاتل ثم بين اليمين بقوله بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا هذا على طريق
الحكاية عن الجميع واما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا
علمت له قاتلا ولا يحلف بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا لجواز انه باشر قتله
بنفسه فيجترئ على اليمين بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا يعنى جميعا والاصل
فيه ما روى ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم كتب الى اهل خيبر ان
هذا قتيل وجد بين اظهركم فما الذى يخرجه عنكم فكتبوا اليه ان مثل هذه الحادثة

وقعت في بني اسرائيل فانزل الله تع على موسى عليه السلام امرا فان كنت نبيا فاسئل
الله تعالى مثل ذلك فكتب صلى الله عليه وسلم اليهم ان الله تعالى ارانى ان اختار
منكم خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلنا وما علمنا له قاتلا ثم يغرمون الدية
قالوا لقد قضيت فينا بالناموس اى بالوحى ثم قضى على اهلها اى على عاقلة اهل المحلة
بالدية لوجود القتيل بينهم وقد ثبت انه صلى الله عليه وسلم جمع بين القسامة
والدية وكذا عمر رضى الله عنه اى قضى على عاقلتهم بالدية في ثلاث سنين وما تم
خلقه اى وجد سقط تام الخلق وبه اثر الضرب فهو كالكبير حيث وجبت القسامة
والدية عليهم لان تام الخلقة ينفصل حيا ظاهرا وان كان ناقص الخلقة فلا
شئ عليهم لانه انفصل ميتا ظاهرا ولا يحلف الولى وان وصلية كان لوث اى علامة
القتل على واحد بعينه اى لا يحلف اولياء المقتول بان اهل المحلة قتلوه وان كان هناك
لوث وقال الشافعى اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ان اهل المحلة
قتلوه فان حلفوا يقضى على اهل المحلة بالدية عمدا كانت الدعوى او خطأ وقال
مالك يقضى بالقود اذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو احد قولى الشافعى والمراد
باللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعى
اى الولى من عداوة ظاهرة او يشهد عدل او جماعة غير عدل عند القاضى ان اهل
المحلة قتلوه وان لم يكن ثمه لوث استحلف المدعى عليهم اى يبدأ بيمين اهل المحلة
فان حلفوا فلا دية عليهم وان ابوا ان يحلفوا استحلف المدعون واستحقوا
ما ادعوا وللشافعى في البداية بيمين المدعى ما روى ان عبد الله بن سهل وجد قتيلا
في قليب خيبر فقال عمر يا رسول الله انا وجدناه قتيلا في قليب خيبر وذكر
عداوة يهود لهم فقال صلى الله عليه وسلم يبريكم يهود بخمسين يمينا انهم
لم يقتلوه قال قلت فكيف نرضى بايمانهم وهم مشركون قال فيقسم منكم
خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا يجب على صاحب
اليد فاذا كان الظاهر شاهدا للولى وهو المدعى يبدأ بيمينه فيكون اليمين حجة له الا

لان فهذه الحجة نوع شبهة والقصاص عقوبة تسقط بالشبهة فلذا اوجب
الدية في القول الجديد ولنا قوله صلى الله عليه وسلم البينة للمدعى واليمين على من
انكر فسوى في ذلك بين الدماء والاموال وحكم فيها بحكم واحد ولان اليمين
ليست بحجة لاستحقاق فلس فكيف يكون حجة لاستحقاق نفس واليمين عندنا
ليظهر القتل بتحرزهم في اليمين الكاذبة فيقروا فيجب القصاص واذا حلفوا حصل
البراءة في القصاص فان نقص اهلها عن الخمسين كررت اليمين الى ان يتم الخمسون
لان الخمسين واجب بالنص فيجب اتمامه ما امكن ولا يشترط فيه الوقوف على الفائدة
والحكمة لانه ثبت بالنص ومن نكل من اهل المحلة عن اليمين حبس حتى يحلف لان
الحلف فيه واجب بالنص والتعظيم لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف
النكول في الاموال لان الحلف فيها بدل عن اصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى المال
فلا معنى للحبس وهنا لا يسقط ببذل الدية فيحبس ومن قال منهم اى من الذين
طلب منهم اليمين من اهل المحلة قتله اى هذا المقتول فلان استثناه في يمينه
اى استثنى الفلان في يمينه بان قال ما قتلته ولا عرفت له قاتلا غيره لانه يريد
اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله ذلك فلا يقبل فيحلف على ذلك الوجه لانه
لما اقر بالقتل صار مستثنى عن اليمين فبقى حكم من سواه فيحلف عليه وان ادعى
الولى القتل عمدا او خطأ على غيرهم اى غير اهل المحلة سقطت القسامة
والدية عنهم اى عن اهل المحلة لان ذلك ابراء منه لاهل المحلة حتى لا تسمع دعواه
بعد ذلك عليهم كذا في قاضيخان بخلاف ما لو ادعى ولى القتيل القتل عمدا او خطأ
على رجل بعينه من اهل المحلة التى وجد فيها القتيل حيث لا يبطل القسامة والدية
عن اهل المحلة على ما صرح به في قاضيخان ايضا قبيل المسئلة الاولى وهذا لان
ايجاب القسامة عليهم دليل على كون القاتل منهم فتعيينه واحدا منهم لا ينافيه
لانه منهم هذا هو المشهور من الرواية وفي رواية عن ابي ح يكون ذلك الدعوى
ايضا ابراء منه لاهل المحلة فسقط عنهم القسامة والدية ويقال للولى لك بينة

فان قال لا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة وهكذا روى عن ابي يوسف ايضا ولا تقبل
شهادتهم اى شهادة اهل المحلة على غيرهم اى غير اهل المحلة يعني لو اقام ولي
القتيل شاهدين من اهل المحلة بالقتل لا تقبل شهادتهما عند ابي ح خلافا لهما
قالا تقبل شهادة اهل المحلة على غيرهم لان الولي لما ادعى القتل على غيرهم تبين
انهم ليسوا بخصماء له غاية الامر انهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد
بطل ذلك بما ذكرناه فلا يمنع من قبول الشهادة كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل
الخصومة ولابي ح انهم خصماء بانزالهم قاتلين بالتقصير الصادر منهم فلا
تقبل شهادتهم وان خرجوا من الخصومة بعارض فانهم دفعوا عنهم مغرما
كالوصي اذا خرج من الوصية بعد ما قبلها ببلوغ الغلام او بعزل القاضي فانه
لا تقبل شهادته في حق الصغير والحاصل ان من صار خصما في حادثة لا تقبل
شهادته فيها ومن كان بعرضية ان يصير خصما ولم ينتصب خصما بعد تقبل
شهادته فيها وهذان الاصلان مما اتفق عليهما غير ان الامامين يجعلان اهل
المحلة ممن له عرضية ان يصير خصما فتقبل شهادتهم وابو ح جعلهم ممن انتصب
خصما يعني من الاصل الاول فلا تقبل شهادتهم ولو ادعى اهل المحلة على رجل غائب
من محلة اخرى ان ذلك الرجل قتله وغاب واشهدوا على ذلك الرجل شاهدين
ليسا منهم بل من محلة اخرى تقبل شهادتهم ويدفع عنهم القسامة والدية
كما في قاضيخان حيث قال في باب ما يبطل دعوى المدعي ومن جنس المسائل التي
تقبل الشهادة فيها لدفع الخصومة عن نفسه وان كان فيه اثبات حقا لغيره انه اذا
وجد القتيل في محلة فادعى اهل المحلة انه قتله رجل اخر من محلة اخرى واقاموا البينة
من غير المحلة التي وجد فيها القتيل على ذلك الرجل بالقتل ذكر في الاصل ان هذه
البينة مقبولة فان ادعى اولياء القتيل على ذلك الرجل اخذوه بالدية وان ابراءه
لم يكن للاولياء عليه ولا على اهل المحلة شيء جوز هذه البينة وان اثبتوا الدية
لغيرهما انتهى وقال في شرح الطحاوي وان لم تدع اولياء المقتول لكن ادعى اهل

اهل المحلة على رجل منهم او من غيرهم فانه يصح دعواهم فان اقاموا بينة
على ذلك الرجل يجب عليه القصاص في العمد والدية في الخطأ اذا وافقهم الاولياء
في الدعوى ان لم يثبتوا فقهم الاولياء في الدعوى على ذلك الرجل فلا يجب على ذلك
الرجل شيء لان الاولياء ابرؤه حيث انكروا قتله ولا يجب على اهل المحلة شيء
ايضا لانهم اثبتوا القتل على غيرهم وان لم يقم لهم البينة وحلف ذلك
الرجل فان القسامة يجب على اهل المحلة يحلفون بالله ما قتلوه وما علموا له
قاتلا غير فلان في قول ابي ح ومحمد وفي قول ابي يوسف يحلفون بالله ما قتلناه كذا
ذكره في فتاوى انقروي نقلا عن شرح الطحاوي وعلى بعضهم ان ادعاه اى لا تقبل
شهادة اهل المحلة على بعضهم بعينه اذا ادعى الولي القتل على ذلك البعض
بعينه لان الخصومة قائمة على الكل بانزالهم قاتلين على ما تقدم والشاهد
يدفعها عن نفسه فيكون منهما اجماعا في دعوى الاجماع نظر لانه ذكر في الهداية
والزيلعي خلاف ابي يوسف في هذه المسئلة ووجود اكثر البدن او نصفه مع
الرأس كوجود كله في الاحكام المذكورة ولا قسامة على صبي ومجنون لانهما
ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول وامرأة وعبد لانهما ليسا من اهل النصرة
واليمين على اهل النصرة ولا قسامة ولا دية على احد اصلا في حق ميت لا اثر به
او يخرج الدم من فمه او انفه او دبره او ذكره لانه ليس بقتيل لان القتيل
عندنا كل ميت به اثر الضرب والجرح فما لا اثر به ليس بميت وكذا ما يخرج
الدم من المواضع المذكورة ليس بميت لان هذه المواضع يخرج الدم منها عادة
بلا صنع فلا يستدل به على كونه قتيلا لكنه اطلق خروج الدم من الفم
وفصله في قاضيخان حيث قال وان كان الدم يخرج من الفم ان كان يعلو من الجوف
فهو قتيل وان كان ينزل من الرأس لا يكون قتيلا فيحمل اطلاق المص على هذا
او وجد اقل من نصفه ولو وصلبه مع الرأس او نصفه مشقوقا بالطول لان هذا
ليس في حكم القتيل عرف ذلك بالنص فلا شيء فيه من القسامة والدية وان وجد

ميت على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته اى على عاقلة الرجل لا على اهل المحلة
لان الميت في يد الرجل فصار كانه فى داره وكذا لو كان الرجل يقودها اى الدابة
او راكبها اى على عاقلة القائد والراكب لا على اهل المحلة لما ذكرناه وان اجتمعوا
اى السائق والقائد والراكب فعليهم اى فالدية عليهم لانه فى ايديهم جميعا
وان وجد على دابة بين قريتين فعلى اقربهما وكذا ان وجد بين قبيلتين لان قتيلا
وجد بين قريتين على عهد النبى صلى الله عليه وسلم فامر ان يمسح بينهما فوجد
الى احدى القريتين اقرب فقضى عليهم بالقسامة والدية وروى عن عمر رضى الله عنه
مثله واذا استوى بين القريتين والقبيلتين فعليهما معًا ثم هذا اى لزوم القسامة
والدية على اقرب القريتين فى الصورة الاولى وعلى اهل القريتين معا فى الصورة الثانية
ان كان القتيل فى موضع يسمع منه الصوت لاهل قرية فى الصورة الاولى ولاهلهما فى
الصورة الثانية لانه اذا كان الميت فى موضع يسمع الصوت يلحقه الغوث فيمكنهم
النصرة وقد قصروا فيجعلون قاتلين تقديرا بخلاف ما اذا لم يكن فى موضع يسمع
منه الصوت فانه لا يلزمهم نصرته فلا ينسبون الى التقصير فلا يجعلون قاتلين
تقديرا وان وجد القتيل فى دار نفسه اى فى دار سكن فيه بنفسه ولو بالاجارة
او العارية فعلى عاقلته اى فديته على عاقلة القتيل لورثته عند ابى ح وعندهما لا شيء
فيه وهو قول زفر ايضا وفى الدرر وبه يفتى وفى الحاوى وبه نأخذ لهما ان الدار فى يده
حين وجد الجرح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا ولابى ح ان القسامة انما
تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل فى الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل
الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا فى دار نفسه لان
حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه كذا
فى الهداية واعترض عليه فى العناية بان قال فديته على عاقلة لورثته عند ابى ح ثم قال
فى دليله وحال ظهور القتل الدار للورثة فيجب على عاقلتهم وفيه تناقض ظاهرا ومخالفة
بين الدليل والمدلول ودفع ذلك بان يقال عاقلة الميت اما ان يكون عاقلة الورثة

الورثة او غيرهم فان كان الاول كان الدية على عاقلة الميت وهم عاقلة الورثة
فلا تنافى بينهم وان كان الثانى كان الدية على عاقلة الورثة ولما كان كل منهما
ممكنا اشار الى الاول فى حكم المسئلة والى الثانى فى دليلها وعلى تقدير الثانى يقدر
فى قوله فالدية على عاقلته مضاف اى على عاقلة ورثته فان قيل ان الدية اذا وجبت
على عاقلة الورثة على التقدير المذكور فانما وجبت للورثة فكيف يستقيم ان
يعقلوا عنهم لهم اجيب بانما تجب للمقتول حتى يقضى منها ديونه وينفذ
وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه نظيره الصبى والمعتوه اذا قتل اباه تجب الدية
على عاقلته ويكون ميراثا له واعلم انهما تفقوا فى وجوب الدية على العاقلة فى
هذه المسئلة واختلفوا فى وجوب القسامة عليهم على قول ابى ح منهم من
قال لا تجب القسامة لانها تختص بمن يعلم بحال القتيل وليس هنا من يعلم به
فلا يلزم القسامة ومنهم من قال انها تجب لجواز ان تكون جماعة اتفقوا على
قتله فقتلوه فى داره فيكون ثمه من يعلم بحاله ولهذا اطلق المص المسئلة
ولم يصرح بوجوب الدية على ما صرح به فى الهداية وان وجد القتيل فى دار
انسان فعليه القسامة اى على صاحب الدار القسامة ان ثبت بالحجة ان الدار
له لان التدبير فى حفظ الملك الخاص الى المالك وعلى عاقلته الدية لان نصرته
منهم وقوته بهم هذا اذا كان له عاقلة والا فعليه كذا فى الدرر واعلم ان
صاحب الهداية ذكر هذه المسئلة اولا على طبق ما ذكره المص وعلل بما ذكرناه
من العلتين ثم ذكر وقال واذا وجد قتيل فى دار فالقسامة على رب الدار
وعلى قومه جميعا واعترض عليه بان بينهما تدافعا فانه قال فيما ذكره اولا
ان القسامة على صاحب الدار وقال فيما ذكره ثانيا انها على صاحب الدار وعلى
قومه اى عاقلته جميعا واجيب عنه بانه اذا وجد قتيل فى دار انسان
فالدية على عاقلة صاحبها باتفاق الروايات وفى القسامة روايتان ففى احديهما
تجب على صاحب الدار وفى الاخرى عليه وعلى عاقلته فصاحب الهداية اختار اولا

الرواية الاولى وثانيا الرواية الثانية وحكى عن الكرخي انه يوفق بين الروايتين
ويقول الرواية التي توجب القسامة على صاحب الدار محمول على ما اذا كان قومه
اي عاقلته غيبا والرواية التي توجبها على قومه محمول على ما اذا كانوا حضورا وكلام
الهداية يدل على ان القسامة عليهما جميعا اذا كانوا حضورا قال في العناية
ويوافقه رواية فتاوى العتابي قلت ويوافقه ايضا كلام المص فانه قال
وان كانت العاقلة حضورا يدخلون في القسامة ايضا اي مثل صاحب الدار
خلافا لابي يوسف فانه قال لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من
غيره فيكون تدبير حفظه اليه والا اي وان لم تكن العاقلة حضورا كررت الايمان
عليه اي على صاحب الدار والقسامة على الملاك دون السكان عند ابي ح ومحمد
وعند ابي يوسف على الجميع والمراد بالملاك اصحاب الرقبة وبالسكان هو المستاجرون
والمستعيرون والمودعون والمرتهنون كذا في التاتارخانية ولابي يوسف ان
ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى ايضا الا ترى ان النبي صلى الله
عليه وسلم جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا بخيبر ولهما
ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى الملاك الزم
وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل
خيبر فالنبي صلى الله عليه وسلم اقرهم على املاكهم فكان يأخذ منهم على وجه
الخراج لا على وجه الاجارة وهي اي القسامة هذا ابتداء مسئلة على اهل الخطة
وهم الذين خط لهم الامام وقسم الاراضي بخطه ليتميز انصباؤهم وملكهم
حين فتح البلدة ولو وصلية بقي منهم واحد دون المشترين عند ابي ح ومحمد
وعنده اي عند ابي يوسف على المشترين ايضا لان الضمان انما يجب بترك الحفظ
ممن له ولاية الحفظ ولهذا جعلوا مقصرين جانين وولاية الحفظ باعتبار فيه
وقد استووا فيه فصار كالدار المشتركة بين واحد من اهل الخطة وبين المشتري
ولو كان للخطة تاثير في التقديم لما شاركه المشتري ولهما ان صاحب الخطة هو

هو المختص بنصرة البقعة في العرف فيختص بعهدتها لان الدية والقسامة
تجبان بحسبها ولان اهل الخطة اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى
الاصيل وفي الدار المشتركة ولاية التدبير الى الملاك مطلقا بخلاف القرية
والمحلة وقيل ابو ح بنى ذلك على ما شاهد من عادة اهل الكوفة وان لم يبق
من اهل الخطة احد بان باعوا كلهم فعلى المشترين لان الولاية انقلبت
اليهم لزوال من يتقدمهم على قول ابي ح ومحمد وخلصت لهم لزوال من
يزاحمهم وان بيعت دار ولم تقبض فعلى البايع وعندهما على المشتري
وفي البيع بخيار لاحد العاقدين من البايع والمشتري على ذي اليد وعندهما
على من يصير الملك له يعني اذا بيعت الدار ولم يقبضها المشتري حتى
وجد فيها قتيل فضمانه على عاقلة البايع وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو
على عاقلة الذي كان في يده عند ابي ح وقالا ان لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة
المشتري وان كان فيه خيار فعلى عاقلة الذي يصير الملك له لانه انما نزل قاتلا
باعتبار التقصير في الحفظ فلا يجب الا على من له الحفظ والولاية تستفاد
بالملك ولهذا لو كانت الدار وديعة تجب الدية على صاحب الدار دون المودع والملك
للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي الذي شرط فيه الخيار يعتبر قرار الملك
كما في صدقة الفطر ولابي ح ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا ترى انه يقدر
على الحفظ باليد بدون الملك ولا يقدر بالملك بدون اليد في الدار المغصوبة
وفي البيع البات اليد للبايع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما لانه دون
البات ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا وان كان
الخيار للبايع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوبة فتعتبر يده اذ بها يقدر
على الحفظ بخلاف صدقة الفطر لانها تجب على المالك لا على الضامن وهذه
ضمان جناية فيجب على الضامن لان ضمان الجناية لا تشترط فيه الملك وبخلاف
ما اذا كانت الدار في يده وديعة لان هذا الضمان ضمان ترك الحفظ وهو انما يجب

على من كان قادراً على الحفظ وهو من له يد اصالة لا يد صيانة ويد المودع يد نيابة
وكذا المستعير والمرتهن وكذا الغاصب لان يده يد امانة لان العقار لا يضمن بالغصب
عندنا كذا في الزيلعي ولا يدي عاقلة ذي اليد الا بحجة انها له اي اذا كانت دار في يد رجل
فوجد فيها قتيل لا تعقل عاقلته حتى يشهد الشهود انها لصاحب اليد لان ملك
صاحب اليد لا بد منه حتى تعقله عاقلته لكنها محتملة فلا تكفي لايجاب الضمان على العاقلة
كما لا تكفي في استحقاق الشفعة في الدار المشفوعة لانه ما ثبت بالظاهر لا يصلح حجة
للاستحقاق ويصلح للدفع ولا فرق في ذلك بين ان يكون القتيل الموجود فيها
هو صاحب الدار وغيره عند ابي ح كذا في الزيلعي وان وجد القتيل في دار مشتركة
بين سهام مختلفة اي سهامهم في تلك الدار متفاوتة بان كانت بين ثلاثة نفر
مثلا لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس فالقسامة والدية على
الرؤس ولا معتبر بتفاوت السهام لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير
فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة وكذا
اذا وجد القتيل في محلة فالقسامة والدية على الرؤس لا على الاموال وان وجد
القتيل في السفينة فعلى من فيها اي فالقسامة والدية على من فيها من الملاحين
والركاب لانها في ايديهم فيستوي المالك وغيره فيها اما على قول ابي يوسف فظاهر
لانه كان يسوي في الدار بين السكان والملاك كما تقدم والفرق لهما بين الدار والسفينة
ان السفينة تنقل وتحول فيكون في اليد حقيقة فيعتبر فيها اليد دون الملك كما
في الدابة بخلاف الدار فانها لا تنقل فيكون اليد فيها حقيقة للساكن وان وجد
القتيل في مسجد محلة فعلى اهلها اي اهل المحلة لان التدبير والتصرف في حفظ
المسجد عليهم وفي الدرر ولو وجد القتيل في ارض او دار موقوفين على ارباب
معلومة فعليهم لانهم احق الناس في التدبير فيهما ولو كانت موقوفة على مسجد
فكالمسجد انتهى وان وجد القتيل بين قريتين او قبيلتين فعلى اقربهما لما ذكرناه
عند قوله وان وجد على دابة بين قريتين وان وجد القتيل في سوق مملوك

مطلب ان وجد القتيل في السفينة

مملوك فعلى المالك عند ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف على السكان في ذلك السوق
لان الاسواق المملوكة محفوظة بحفظ اربابها او سكانها على الخلاف فالعهدة
عليهم وفي غير المملوك كالشوارع الاعظم على بيت المال اي الدية على بيت المال
لان التدبير والتصرف في الشوارع الى الامام لانه نائب المسلمين ولا قسامة فيها لانها
لنفي تهمة القتل وذلك لا يتحقق في حق العامة واهل الشوارع هي العامة بخلاف
شارع المحلة فان القسامة والدية فيها على اهل المحلة كما في مسجد المحلة اعلم ان الطريق
ينقسم ابتداء الى قسمين احدهما طريق خاص وهو ما يختص بواحد او اكثر ويكون
له مدخل لا مخرج والآخر طريق عام وهو ما لا يختص بواحد او اكثر ويكون له مدخل
ومخرج ويسمى هذا بالشارع وهو ايضا قسمان احدهما شارع المحلة وهو ما يكون
المرور فيه اكثريا لاهل المحلة وقد يكون لغيرهم ايضا وهذا ما قال في الينابيع
وفي مسجد محلة على اهلها كما لو وجد في شارع المحلة والآخر الشارع الاعظم
وهو ما يكون مرور جميع الطوائف فيه على السوية كالطريق الواسعة في الاسواق
وخارج البلدان وهذا ما قال في الهداية ومن وجد في الجامع والشارع الاعظم
فلا قسامة فيه كذا في الدرر هذا صريح في ان الشارع الاعظم غير مختص بخارج
البلد وهو الظاهر من اطلاق المتون والشروح والفتاوى لكن افتى شيخ الاسلام
ابو السعود اولا بعدم الاختصاص ثم رجع وافتى بالاختصاص بخارج البلدة
وعمل القضاة اليوم بالاختصاص وكذا لا قسامة والدية على بيت المال ان وجد
القتيل في المسجد الجامع لما ذكرناه في الشوارع قال في الزيلعي نقلا عن المنتقى
اذا وجد قتيل في صف من السوق فان كان اهل ذلك الصف يبيتون في حوانيتهم
فدية القتيل عليهم وان كانوا لا يبيتون فيها فالدية على ملاك الحوانيت
وكذا اي لا قسامة والدية على بيت المال ان وجد القتيل في السجن لان تدبير
السجن الى الامام هذا عند ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف على اهل السجن اي السكان
فيه لما تقدم من اصله في مسئلة السكان والملاك وان وجد القتيل في برية

غير مملوكة ليس بقربه قرية يسمع منها الصوت فهو اي القتيل المذكور هدر
لان في هذه الحالة لا يلحقه غوث من غيره فلا يوصف احد بالتقصير ولا ينزل قاتلا
بخلاف ما اذا كان بقربه قرية يسمع منها الصوت فان القسامة والدية على اهل
تلك القرية لتقصيرهم ولو كانت البرية مملوكة لاحد فالقسامة والدية على
المالك ولهذا قيدناها بغير المملوكة ولو وجد القتيل في موضع مباح نحو الفلاة
الا انه في ايدي المسلمين كانت الدية في بيت المال كذا في قاضيخان وكذا اي هدر لو وجد
القتيل في وسط الفرات لان الفرات ليس في يد احد ولا في ملكه اذا كان يمر به الماء
فيهدر ما وجد فيه من القتيل بخلاف ما اذا كان النهر صغيرا تستحق به الشفعة
حيث يكون ضمانه على اهله لقيام يدهم عليه قال الزيلعي نقلا عن شيخ الاسلام ان
النهر العظيم اذا كان موضع انبعاث مائه في دار الاسلام تجب الدية في بيت المال
لانه موضع المسلمين بخلاف ما اذا كان موضع انبعاث مائه في دار الحرب لانه
يحتمل ان يكون قتيل اهل الحرب فيهدر والمراد بالفرات النهر العظيم مطلقا
لا النهر المخصوص لعدم خصوصية الفرات بذلك الحكم وكذلك ذكر الوسط ليس
للتخصيص بل لانه ما دام جاريا بالقتيل غير محتبس كان حكم الشط كحكم الوسط
كذا في العناية وان كان القتيل محتبسا بالشط اي طرف النهر فعلى اقرب القرى منه
اي من ذلك الطرف لان ذلك الطرف في ايديهم يستقون منه ويوردون دوابهم
عليه فكانوا اخص بتصرفه من غيرهم فيكون ضمان المحتبس فيه عليهم لانه كالموضوع
في الشط لكن هذا اذا كان ذلك الطرف بحيث يصل الصوت منه اهل تلك القرى والاراضي
والا فلا قسامة ولا دية على احد كذا في قاضيخان وان التقى قوم من المسلمين عصبية
بخلاف ما اذا التقى المسلمون مع الكافر فان ذكره سيأتي مصرحا بالسيوف ثم اجلوا
اي تفرقوا عن قتيل اي ظهر في موضع التقائهم قتيل فعلى اهل المحلة لان حفظ المحلة
عن مثل ذلك واجب عليهم فاذا لم يعرف قاتله جعل عليهم القسامة والدية لتقصير
في الحفظ الا ان يدعي وليه اي ولي القتيل على القوم كلهم او على معين منهم اي من القوم

من القوم فتسقط القسامة والدية عنهم اي عن اهل المحلة لانه ابرأهم بهذه الدعوى
ولا يثبت دعوى الولي على القوم كلهم او على معين الا بحجة اذ بمجرد الدعوى لا يثبت
الحق لكن يسقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه لاستلزامه
الابراء عن اهل المحلة ولو وجد القتيل في معسكر قاموا بارض غير مملوكة لاحد
فان وجد في خباء اي خيمة او فسطاط فعلى ربه اي فالقسامة والدية على ربه
اي رب الخباء والفسطاط الخباء الخيمة من الصوف والفسطاط الخيمة العظيمة
والمراد بربهما من يسكن فيهما وهذا لانه في يد الساكن كما في الدار فيكون تدبيره
اليه والا اي وان لم يوجد في خباء او فسطاط بل وجد في خارج منهما فعلى الاقرب
منه اي على اقرب الاخبية منه اعتبارا لليد عند انعدام الملك كذا في الهداية
قالوا هذا اذا نزلوا قبائل متفرقين اما اذا نزلوا مختلطين فالقسامة والدية
عليهم جميعا لانهم لما نزلوا جملة صارت الامكنة كلها بمنزلة محلة واحدة فيكون
وجد فيهم من القتيل منسوبا اليهم جميعا فيكون من وجد خارج الاخبية
والفسطاط مضمونا عليهم وقال في الزيلعي لو وجد القتيل في خارج الاخبية
والفسطاط ينظر ان كانوا ينزلون قبائل متفرقين فعلى القبيلة التي وجد
فيها القتيل وان وجد بين القبيلتين فعلى اقربهما وان استويا فعليهما
جميعا وان كانوا قد قاتلوا عدوا فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فيكون
هدرا فان قيل ما الفرق بين هذا وبين المسئلة المتقدمة من انه اذا التقى قوم
بالسيوف ثم اجلوا عن قتيل فلا قسامة ولا دية عليهم بل على اهل المحلة قيل في
الفرق ان القتال اذا كان بين المسلمين والمشركين في موضع دار الاسلام ولا يدرى
ان القاتل من ايهما يترجح احتمال قتل المشركين حملا لامر المسلمين على الصلاح لانهم
لا يتركون الكافرين في مثل ذلك الموضع فيقتلون المسلمين واما في المسلمين بين الطرفين
عصبية فليس ثمة جهة للحمل على الصلاح حيث كان الفريقان مسلمين فبقي حال القتل
مشكلا فاوجبنا القسامة والدية على اهل ذلك المكان لورود النص باضافة القتل

اليهم عند الاشكال وان كان الارض مملوكة لاحد اي الارض التي نزل فيها العسكر
فالعسكر كالسكان فالقسامة على المالك اي مالك الارض وكذا الدية لا عليهم
اي على السكان في تلك الارض عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فان عنده على السكان
كما تقدم وجد الطرفين من قبل ومن جرح على صيغة المجهول في قبيلة ثم نقل الى
اهله ولم يزل ذا فراش حتى مات فالقسامة وكذا الدية على القبيلة عند الامام وعند
ابي يوسف لا شيء فيه لان الذي وجد في القبيلة او المحلة ليس بقتيل لان الجرح غير القتل
فلا ضمان فيه ولابي حنيفة ان الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص
في العمد والدية في الخطأ وان لم يكن صاحب فراش احتمل ان يكون الموت من غير الجرح
فلا يلزم بالشك ولو كان مع الجريح رجل فحمل الجريح الى اهله فمكث يوما او يومين
فمات في اهله فلا ضمان على الرجل عند ابي يوسف وفي قياس قول الامام يضمن لان يده
بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجود مجروحا في المحلة كذا في الهداية ولو ان
رجلين كانا في بيت وليس معهما ثالث فوجد احدهما مذبوحا ضمن الاخر ديته
عند ابي يوسف خلافا لمحمد لانه يحتمل انه قتل نفسه ويحتمل ان الاخر قتله فلا
يضمن بالشك فصار كما اذا وجد كلاهما مذبوحا في ذلك البيت ولابي يوسف
ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان توهم ذلك ساقطا فصار كما اذا وجد
في محلة وافتى بعض مشايخ الاسلام بضمان نصف الدية عملا بالقولين كما في
الاجير المشترك ولو وجد القتيل في قرية او محلة او دار لامرأة كرر اليمين عليها
اي على امرأة وتدي اي يضمن الدية عاقلتها اي عاقلة المرأة بقي القسامة عليها
ويكرر والدية على عاقلتها عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف على عاقلتها القسامة
ايضا اي كالدية لان القسامة لا تجب الا على من كان من اهل النصرة وهي ليست من اهلها
فاشبهت الصبي فتكون على عاقلتها مثل الدية ولهما ان القسامة لنفي التهمة
وتهمة القتل من المرأة متحققة فتكون القسامة عليها قال المتاخرون من اصحابنا
والمرأة تدخل في التحمل اي تحمل الدية مع العاقلة في هذه المسئلة دون غيرها

غيرها على ما يجيء في المعاقل وانما دخلت في هذه الصورة لانها نزلت قاتلة تقديرا
حيث دخلت في تحمل الدية ايضا بخلاف غيرها من الصور فان المرأة لا تدخل فيها
في القسامة بل تجب على الرجال فلا تدخل في الدية ايضا وفي قاضيخان امرأة قتلت
رجلا خطأ حتى وجبت الدية على عاقلتها هل تجب عليها شيء من تلك الدية اختلف
فيه المشايخ قال بعضهم لا يلزمها وكذلك لو كان الجاني مجنونا او صبيا فان جميع
الدية يكون على عاقلته في قول هؤلاء والصحيح ان القاتل يشارك العاقلة كان القاتل
امرأة او صبيا او مجنونا انتهى ولو وجد القتيل في ارض رجل في جنب قرية ليس
صاحب الارض منها اي من تلك القرية فهو اي القتيل يعني القسامة والدية على صاحب
الارض لانه احق بنصرة ارضه من اهل القرية لان الحفظ والتدبير في الارض الى
صاحبه لا الى اهل القرية ولو وجد قتيل في ارض موقوفة او دار موقوفة على ارباب
معلومة فالقسامة والدية على اربابها لو كانوا في موضع يسمع منه الصوت
لان تدبيره اليهم ولو كانت موقوفة على المسجد فهو كما لو وجد في المسجد وقد تقدم
حكمه ولو كان الارباب في موضع لا يسمع منه الصوت فلا

كتاب المعاقل

هي جمع معقلة بفتح الميم وضم القاف بمعنى العقل وهي الدية سميت به
لانها تعقل الدماء من ان تسفك والعاقلة من يودي بها اي الدية قال في المصباح
ودافع الدية عاقل والجمع عاقلة وجمع العاقلة عواقل وهم اي العاقلة اهل الديوان
اي من اهل ديوانهم من اهل مصرهم لا من مصر آخر فيعقل عن اهل سواده لا من
اهل مصر آخر ولا من اهل البادية وقيل يعقل من اهل مصر آخر لا من اهل البادية فعاقلة
الرجل اهل ديوانه من اهل مصره او سواده فان كان من الغزاة فالغزاة وان كان
من الكتب فالكتاب وهكذا كذا في شرح النقاية والديوان هي جريدة الحساب
مجموعة من القراطيس يقال ان عمر رضي الله عنه اول من دون الدواوين في العرب
اي رتب الجرايد للعمال والولاة والقضاة ويقال فلان من اهل الديوان اي ممن
اثبت نفسه في الجريدة ان كان القاتل منهم اي من اهل الديوان يؤخذ

من عطاياهم اي من وظايفهم التي كانوا ياخذونها من بيت المال الا من اصل اموالهم
لان اهل الديوان هم الذين لهم رزق في بيت المال وكتب اسماؤهم في الديوان
والمراد بعطاياهم هنا عطاياهم الثلث تحقيقا للتخفيف وهي تخرج غالبا
في ثلاث سنين ولهذا قال في ثلاث سنين فان عمر رضي الله عنه لما دون
الدواوين جعل الدية على اهل الديوان بمحضر من الصحابة من غير نكير والتقدير
بثلاث سنين مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم ويحكى عن عمر رضي الله عنه
ولان الاخذ من عطاياهم للتخفيف وهي تخرج في كل سنة مرة واحدة فتؤخذ
في ثلاث سنين فان خرجت ثلاث عطايا في اقل من ثلاث سنين بان خرجت
في سنة واحدة او سنتين ثلاث عطايا او اكثر من ثلاث سنين اخذ منها
اي مما خرج في اقل من ثلاث سنين او اكثر منها لحصول المقصود به لان
المقصود التخفيف وقد حصل ذلك بالاخذ منها والحاصل ان الدية تجب
على العاقلة في ثلاث عطاياهم فان خرجت عطاياهم الثلاث في ثلاث سنين
كما هو الغالب تؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين وان خرجت عطاياهم
الثلاث في سنة واحدة تؤخذ جميع الدية في سنة واحدة لحصول المقصود
من التفريق الى ثلاث سنين وهو التخفيف وان خرجت عطاياهم الثلاث
في اكثر من ثلاث سنين تؤخذ منها حتى لو خرجت في ست سنة تؤخذ الدية
منها في كل سنة سدسها وهكذا لان المقصود يحصل بذلك ثم المراد من
العطايا الثلاث هي العطايا المفروضة للسنين المستقبلة لا للسنين الماضية
حتى لو كانت عطايا السنين الماضية اجتمعت قبل قضاء القاضي بالدية على العاقلة
ثم قضى بها عليهم لا يؤخذ من العطايا الماضية بل يؤخذ من العطايا المستقبلة
لان ابتداء وجوب الدية على العاقلة من حين قضاء القاضي لا من حين القتل لان
من عليه الدية غير معلوم قبل القضاء بها لكونه مجتهدا فيه لان في العاقلة كلاما
كلاما قال بعضهم هم اهل الديوان وعليه مشايخنا وقال بعضهم هم العشيرة

العشيرة وعليه الشافعية فلا يتعين الا بالقضاء وكذا الواجب في نفسه غير متعين
قبل القضاء فان ولاية التعيين فيه الى القاضي ان شاء قضى بالابل وان شاء بالدراهم
وان شاء بالدنانير ومن لم يكن منهم اي من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان
التناصر بالقبيلة فسر القبيلة في شرح المجمع بالعصبة من النسب واستدل عليه
بما روي انه صلى الله عليه وسلم اوجب الدية على عصبة القاتل قال علاء الدين
الاسود في شرح الوقاية نقلا عن شرح الكافي ومن جنى من اهل البادية الذين
لا ديوان لهم فرضت الدية على عواقلهم في ثلاث سنين على الاقرب فالاقرب
على الاخوة ثم بني الاخوة ثم الاعمام ثم بني الاعمام على ما عرف من ترتيب العصبات
وهل يدخل البنون والآباء بعضهم قالوا يدخلون لانهم اقرب وبعضهم قالوا
لا يدخلون لان الانتصار غير معتاد من الابناء والآباء انتهى يؤخذ منهم اي من
قبيلته في ثلاث سنين والتقدير بثلاث سنين بما ذكرناه من قبل من كل واحد اي
يؤخذ من كل واحد من احاد القبيل في مجموع ثلاث سنين ثلاثة دراهم واربعة
دراهم كل سنة درهم اي يؤخذ من كل منهم في كل سنة درهم فقط ليكون المأخوذ
في مجموع ثلاث سنين ثلاثة دراهم او درهم وثلث درهم اي يؤخذ من كل منهم
في كل سنة درهم وثلث درهم ليكون المأخوذ في مجموع ثلاث سنين اربعة دراهم
لا يزاد لواحد على ثلاثة دراهم او اربعة وينقص منها هو الاصح لان محمدا نص
عليه حيث قال لا يزاد كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة او اربعة
فلا يؤخذ من كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة او اربعة فلا
يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهما ودرهم وثلث درهم وقيل في كل سنة
ثلاثة دراهم او اربعة وانما كان الاول اصح لحصول معنى التخفيف بذلك بخلاف
هذا لانه لو اخذ في كل سنة ثلاثة دراهم يكون في ثلاث سنين تسعة دراهم
ولو اخذ في كل سنة اربعة يكون في ثلاث سنين اثنى عشر فيخرج من التخفيف
فان لم تتسع القبيلة لذلك اي الدية ضم اليهم اي الى القبيلة اقرب القبائل

نسبا على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الاباء اى
اباء القاتل وابناؤهم فقد اختلفوا فيه قيل يدخلون فيهم لقربهم وقيل لا يدخلون
لما تقدم قالوا هذا فى حق العرب لانهم حفظوا انسابهم فامكن ايجابه على
اقرب القبائل واما العجم فقد ضيعوا انسابهم فلا يمكن ذلك فى حقهم فان لم يكن
فقد اختلفوا فيه قال بعضهم يعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم
يجب الباقى من الدية فى مال الجانى والقاتل كاحدهم اى كواحد من العاقلة لانه هو القاتل
فلا معنى لاخراجه ومواخذة غيره وقال الشافعى لا يجب على القاتل شىء من الدية لانه معذور
ولهذا لا يجب عليه الكل فكذا البعض اذ الجزء لا يخالف الكل قلنا ايجاب الكل عليه اجحاف
واستيصال ولا كذلك ايجاب البعض ولانها تجب النصرة وهو ينصر نفسه مثل ما ينصر
غيره بل اشد فكان اولى بالايجاب عليه وان كان القاتل ممن يتناصرون بالحرف او بالحلف
هو بكسر الحاء المهملة العهد بين القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد به ولاء
الموالاة كذا فى العناية فعاقلته اهل حرفته او حلفه لانهم يتناصرون به وعاقلة المعتق
ومولى الموالاة مولاه وعاقلته اى عاقلة مولاه يعنى ان عاقلة المعتق قبيلة مولاه لان
نصرته بهم وعاقلة مولى الموالاة مولاه وقبيلة مولاه اى الذى عاقده لان العرب يتناصر به
فاشبه ولاء العتاقة كذا فى الزيلعى ولا يخفى عليك ان قوله ومولى الموالاة مولاه وعاقلته
تكرار بعد قوله او بالحلف لان المراد بالحلف ولاء الموالاة على ما فى العناية وعاقلة
ولد الملاعنة عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون الاب فان عقلوا عنه ثم
ادعاه الاب اى بعد ما عقلوا عنه رجعوا على عاقلته بما غرموا اى على عاقلة الاب
فى ثلاث سنين من يوم يقضى القاضى لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية
واجبة عليهم لانه عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب حيث بطل
اللعان بالاكذاب ومتى ظهر ان النسب كان ثابتا منه من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان
واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم مضطرون فى ذلك كذا فى الزيلعى والهداية وغيرهما
وانما تعقل العاقلة ما وجب بنفس القتل لان القاتل انما قصر فى القتل بانتصاره

بانتصاره بالعاقلة فكانوا مقصرين فى ترك مراقبته بيانه ان القاتل خطأ
معذور وكذا القاتل شبه عمد معذور لان الآلة ليست للقتل بل للتأديب
وللنفس احترام لا يجوز اهدارها ولا وجه لايجاب القود على القاتل المعذور
وفى ايجاب مال عظيم اى تمام الدية استيصال له فضم اليه العاقلة لانه انما قصر
بقوة حاصلة فيه وهى بانتصاره بالعاقلة فكانوا مقصرين فى ترك مراقبته
فخصوا به ولان النص الوارد فى ايجاب الدية على العاقلة ورد فى نفس القتل
بالخطأ وهو قوله صلى الله عليه وسلم للاولياء الضاربة قوموا فدوه وشبه العمد
فى معناه وتتحمل العاقلة ايضا قدر ارش موضحة فصاعدا لان الواجب فيها الدية
وهى على العاقلة فلا تعقل العاقلة جناية عمد الا فى مسئلة وهى ما اذا عفى بعض
الاولياء او صالح عنه فان نصيب الباقين ينقلب مالا وتتحمل العاقلة كذا فى جنايات
الاشباه نقلا عن شرح المجمع قلت هذا خلاف الصحيح بل الصحيح انه يلزم العامل
كما تقدم فى فصل سقوط القصاص ولا بجناية عبد ولا ما لزم بصلح او اعتراف
لما روى انه صلى الله عليه وسلم قال لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا
ولا ما دون ارش الموضحة كذا روى وفى القاموس انه ليس بحديث كما توهمه الجوهرى
ولانه لا يتناصر بالعبد والصلح والاعتراف لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم
ولا يلزم عليهم مراقبته فى العمد ولان ما لم يجب بنفس القتل ابتداء لم يلزم العاقلة
الا ان يصدقوه لان التصديق اقرار فيلزمهم باقرارهم لان لهم ولاية على
انفسهم والامتناع كان لحقهم وقد زال او ان يقوم البينة فان العاقلة ح تعقل
ايضا فى الصور المذكورة لان ما ثبت بالبينة كالمشاهد لانها كاسمها مبينة وتقبل
البينة ههنا مع الاقرار وان كانت لا تعتبر معه لانها تثبت ما ليس بثابت باقرار المدعى
عليه وهو الوجوب على العاقلة ولو اقر بالقتل خطأ فلم يرتفعوا الى الحاكم الا بعد
سنين فقضى عليه بالدية فى ماله فى ثلاث سنين كان اول المدة يوم يقضى عليه
لان التاجيل من وقت القضاء بالبينة فكذا فى الثابت بالاقرار بل اولى لانه اضعف

ولو تصادق القاتل واولياء المقتول على ان قاضى بلد كذا قضى بالبينة على عاقلته
وكذبتهما العاقلة فلا شئ على العاقلة لان تصادقهما لا يكون حجة عليهم ولم يكن
عليه شئ في ماله لان الدية بتصادقهما تقرر على العاقلة بالقضاء وتصادقهما
حجة في حقهما فلم يلزمه الا حصته بخلاف الصلح والاقرار حيث تجب جميع الدية
على المقر لانه لم يوجد التصديق من الولي والقضاء بالدية على العاقلة وقد وجد
ههنا فافترقا كذا في الزيلعي والهداية ولا اقل اي لا تعقل العاقلة اقل من نصف
عشر الدية اي اقل من ارش الموضحة فصاعدا لما روينا بل ذلك اي بل تجب موجب
الجناية في هذه الصور كلها على الجاني لا على العاقلة ولا يدخل النساء ولا الصبيان
في العقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العواقل صبي ولا امرأة ولانه العقل انما
يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالنساء والصبيان
ولا يعقل مسلم عن كافر ولا بالعكس لعدم التناصر بين كافر ومسلم ويعقل الكافر
عن الكافر وان اختلفا ملة لان الكفر كله ملة واحدة ان لم تكن العداوة
بين الملتين ظاهرة كاليهود مع النصارى لان عند عدم ظهور العداوة بينهما
يتحقق التناصر بخلاف ما اذا ظهرت العداوة بينهما فانه ح ينقطع التناصر بينهم
وان لم يكن للذمي عاقلة فالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم قضى عليه بها لان
الوجوب بعد القضاء كما في حق المسلم والمسلم يعقل عنه بيت المال ان لم يكن له
عاقلة لان بيت المال لمصالح المسلمين وقيل كالذمي اي في ماله وان جنى حر على
عبد خطأ فعلى العاقلة اي جنى عليه بالقتل لان العاقلة لا تتحمل اطراف العبد وقال
الشافعي لا تتحمل النفس ايضا بل يجب في مال القاتل لانه بدل المال وقد ورد في الحديث
لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا قلنا انه آدمي فتحمله العاقلة كالحر بخلاف ما دون
النفس لانه يسلك به مسلك الاموال والمراد بالحديث جناية العبد على الحر
بطريق اضافة المصدر الى الفاعل لا جناية الحر على العبد

كتاب الوصايا

ايراد كتاب الوصايا في آخر الكتاب لان آخر احوال الآدمي في الدنيا الموت والوصية

والوصية معاملة وقت الموت وله زيادة اختصاص بكتاب الجنايات والديات
لان الجناية قد يفضي الى الموت الذي هو وقت الوصية والوصية اسم بمعنى المصدر
سمي به الموصى به والايصاء لغة طلب شئ من غيره ليعظم في غيبته حال حياته وبعد
وفاته وشرعا يستعمل تارة باللام يقال وصى فلان لفلان بكذا بمعنى ملكه بعد موته
ويستعمل اخرى بالى يقال اوصى فلان الى فلان بكذا بمعنى جعله وصيا له يتصرف في ماله
واطفاله بعد موته والمصنف عقد لكل من الوصية بابا وقسم الاول على ستة ابواب والثاني
على بابين كما ترى قال الوصية شرعا تمليك مضاف الى ما بعد الموت لا بطريق اللزوم
بل بطريق التبرع حتى جاز رجوعه وركنها ان يقول اوصيت بكذا لفلان وما يجري
مجراه من الالفاظ المستعملة في الوصية وشرائطها كون الموصي اهلا للتبرع وان لا يكون
مديونا وكون الموصى له حيا وقت الوصية وان لم يولد واجنبيا عن الميراث
وان لا يكون قاتلا وكون الموصى به بعد موت الموصي شيئا قابلا للتمليك من
الغير بعقد من العقود حال حياة الموصي سواء كان موجودا في الحال او معدوما
وان يكون مقدار الثلث حتى لا يجوز الزائد عليه الا باجازة الورثة وهي اي الوصية
شروع في بيان صفتها مستحبة هذا اذا لم يكن عليه حق مستحق لله تعالى والا
فهي واجبة كالزكوة والصيام والحج والصلوة التي فرط فيها بما دون الثلث ان كانت
الورثة اغنياء او يستغنون بانصبائهم لانه ح تتردد بين الصدقة على الاجنبي
والهبة للقريب والاول اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى والا اي ان لم تكن الورثة
اغنياء ولا مستغنين بانصبائهم ولم يكن احدهما فتركها احب لانه ح ترك
الوصية صدقة على القريب بقدر الوصية والوصية للاجنبي تصدق عليه فالاول
اولى لقوله صلى الله عليه وسلم افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولا تصح
شروع في بيان شرائطها بما زاد على الثلث لان حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب
الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر
الثلث ليتدارك تقصيره واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم

مطلب
لا تصح الوصية بما زاد
على الثلث

تحرزا عما يتفق لهم من التاذى بالايثار قالوا ومن الحيف فى الوصية الزيادة على الثلث والوصية للورثة بخلاف ما اذا لم يكن له وارث فانه تصح وصيته بكل ماله لعدم المانع وهو تعلق حق الورثة حتى لو قال لرجل هذا وارثى او قال فلان قرابتى ومات مصرا على اقراره اخذ الرجل جميع التركة بحكم الوصية لان هذا اللفظ وصية ولم يكن له وارث معروف فتعمل الوصية عملها ولا لقاتله مباشرة لقوله صلى الله عليه وسلم لا وصية لقاتل وهو باطلاقه يتناول القاتل مباشرة عمدا او خطأ ولذا اطلقه ولم يقيد بالعمد بخلاف التسبيب لان التسبيب ليس بقتل حقيقة فلا يتناوله ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كالميراث سواء اوصى قبل القتل ثم قتله او اوصى له بعد الجرح لاطلاق ما روينا فان قيل المقتول ميت باجله فكيف يصح ان يقال استعجل ما اخره الله تعالى قلنا هذه مسئلة كلامية بسطنا الجواب عنها فى شرحنا على ما تبناه فى الكلام ولا بد ان يستثنى الصبى والمجنون لان القاتل اذا كان صبيا او مجنونا يصح الوصية وان لم تجز الورثة كما فى قاضيخان وكذا تجوز الوصية لقاتله وليس له وارث غير قاتله وكذا تجوز الوصية لاصول قاتله وفروعه وهل تصح عفو المجروح قاتله عن دم العمد والخطأ ففى الخلاصة والبزازية انه يجوز لكن يعتبر عفوه عن دم العمد من كل المال لانه ليس بمال وعفوه عن دم الخطأ يعتبر من ثلث التركة لانه مال لانه عفو عن الدية وقد تقدم فى الجنايات ولا لوارثه لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى اعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارثه ولان البعض يتاذى بايثار البعض ففى تجويزه قطيعة الرحم والمعتبر وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر وقت التمليك حتى لو اوصى لاخيه وهو وارث ثم ولد له ابن صحت الوصية للاخ لانه ليس بوارث وقت الموت بخلاف عكسه بان اوصى لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت الموصى بطلت الوصية للاخ لانه وارث وقت الموت ولهذا قال فى قاضيخان ولو اوصى لاخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت الوصية لهم بالسوية اثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن فان كانت له بنت مكان الابن جازت الوصية للاخ لاب وللاخ لام وبطلت للاخ

مطلب لا تصح الوصية للوارث

للاخ لاب وام لانه يرث مع البنت وان لم يكن له ابن ولا بنت كانت الوصية كلها للاخ لاب لانه لا يرثه وبطلت للاخ لاب وام وللاخ لام لانهما يرثانه والهبة والصدقة من المريض لوارثه فى هذا نظير الوصية لانهما وصيتان حكما حتى كانا معتبرين من الثلث بخلاف اقرار المريض لوارثه فانه على عكس الوصية فى هذا حيث يعتبر كونه وارثا او غير وارث عند الاقرار لانه تصرف فى الحال فيعتبر حاله فى ذلك الوقت حتى لو اقر لشخص وهو ليس بوارث جاز الاقرار له وان صار وارثا بعد ذلك ولكن شرط ان يكون وارثا بسبب حادث بعد الاقرار وهو الحرية واما اذا كان وارثا بسبب كان وقت الاقرار فيعتبر كونه وارثا وقت الموت ايضا كذا فى العناية ثم بين ذلك نقلا عن النهاية فى مريض اقر بدين لابن العبد فاعتق الابن فمات الاب صح الاقرار لان وراثة الابن تثبت بسبب حادث بعد الاقرار وهو الحرية وقبله كان عبدا فلا يكون وارثا لابيه فهذا الاقرار فى معنى حصل للمولى وهو اجنبى فلا يبطل بصيرورة الابن وارثا بسبب حادث بعد الاقرار الا باجازة الورثة راجع الى كله من الثلاثة المذكورة وهل يشترط علم المجيز بالوصية فى صحة الاجازة قالوا نعم ففى قاضيخان رجل اوصى بوصايا فبلغ ورثته ان اباهم اوصى بوصايا ولا يعلمون ما اوصى به فقالوا قد اجزنا ما اوصى به ذكر فى المنتقى انه لا يصح اجازتهم وانما يصح اجازتهم اذا اجازوا بعد العلم انتهى ويشترط ان يكون المجيز من اهل التبرع بان يكون عاقلا بالغا وان اجاز البعض دون البعض يجوز على المجيز بقدر حصته دون غيره لولايته على نفسه لا على غيره وهل يعتبر اجازتهم فى حال حياة الموصى قالوا لا يعتبر اجازتهم فى حال حياته لانها وقعت قبل ثبوت الحق لهم لان الحق انما يثبت لهم بالموت فكان لهم ان يرجعوا عن الاجازة بعد موت الموصى ويردوا تلك الاجازة لانها وقعت ساقطة لعدم مصادفة المحل وكل ساقط فى نفسه مضمحل متلاش فكان لهم ان يردوه بعد موت المورث فان قيل كيف تكون تلك الاجازة ساقطة مع ثبوت حق الورثة فى ماله من اول ما مرض بدليل منعه من التصرف به لحقهم لكن ذلك الثبوت

مطلب اقرار المريض لوارثه هل يعتبر

على سبيل التوقف فاذا مات ظهر ان حقهم كان ثابتا من اول المرض وان الاجازة
صادفت محلها لاستناد حقهم الى اول المرض فصار كاجازتهم بعد موته اجيب
بان الاستناد انما يظهر فى حق القائم فاجازتهم حين وقعت فى حياته وقعت
باطلة وما وقع باطلا لا يكون قائما بنفسه فلا يظهر فى حقه الاستناد وبان حقيقة
الملك للورثة يثبت عند الموت وقبله يثبت لهم مجرد الحق فلو استند من كل
وجه لانقلب الحق حقيقة قبل موته وهذا لا يتصور لوجود المانع وهو ملك المورث
حقيقة فاذا لم يتصور بقى حقا على حاله لا حقيقة والرضاء ببطلان ذلك الحق
لا يصير رضا ببطلان حقيقة الملك الذى يحدث لهم بعد موته بخلاف ما اذا
اجازوها بعد موته فانه لا يكون لهم ان يرجعوا عنها لانها وقعت بعد ثبوت
الملك حقيقة فيلزم ثم اذا صحت الاجازة بعد موت الموصى فهل يتملك المجاز
له من قبل الموصى او من قبل المجيز فيه اختلاف فقال اصحابنا انه يتملك من قبل
الموصى حتى يجبر الوارث على التسليم ولو اعتق عبدا فى مرضه ولا مال له غيره واجازت
الورثة العتق كان له الولاء كله له ولو كان الوارث متزوجا بجارية الميت
ولا مال له غيرها فاوصى بها لغيره فاجاز الوارث وهو الزوج الوصية لا يبطل
نكاحه وقال الشافعى انه يتملك من قبل المجيز حتى لا يجبر على التسليم ويكون
له ثلثا الولاء فى مسئلة العتق ويبطل نكاحه لان الميت لا حق له الا فى الثلث
ولهذا لا ينفذ وصيته فيما زاد على الثلث ويبطلها الوارث فيكون الزايد على
الثلث ملكا للوارث حقيقة فاذا اجاز صار مملكا له من جهته ضرورة وتمامه
فى الزيلعى وكذا تصح الوصية بالنصف للاجنبى كما اذا ماتت المرأة وتركت وقد
اوصت بنصف مالها للاجنبى كان للاجنبى نصف مالها والزوج ثلث مالها والسدس
لبيت المال لان الاجنبى يأخذ ثلث المال اولا بلا منازعة يبقى ثلثا المال فيأخذ الاجنبى
تمام وصيته وهو السدس فيبقى السدس لبيت المال كذا فى قاضيخان وتصح الوصية
بالثلث للاجنبى وان وصلية لم يجيزوا اى الورثة ليتدارك به تقصيره وتصح

مطلب
تصح الوصية من المسلم للذمى وبالعكس

وتصح الوصية من المسلم للذمى لقوله تعالى لا ينهيكم الله عن الذين لم يقاتلوكم
الآية وبالعكس اى من الذمى للمسلم لانهم بعقد الذمة التحقوا بالمسلمين
فى المعاملات ولهذا جاز التبرع المنجز فى حالة الحياة من الجانبين وكذا المضاف
اليهما بعد الموت قال فى الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى
انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين الآية ويخالفه ما ذكر فى النهاية
نقلا عن السير الكبير ان الوصية لاهل الحرب جائزة ووفق بينهما بانه لا ينبغى
ان يفعل وان فعل ثبت الملك لهم لانهم من اهل الملك واما المستأمن فكالذمى
فى جواز الوصية لان له ان يملك المال بالمال فى حياته فكذا مضافا الى ما بعد وفاته
كذا ذكره فى الزيلعى والعناية وتصح الوصية للحمل وبه اى بالحمل اذا كان بينهما
اى بين الوصية وبين ولادته اقل من ستة اشهر صورة الاول مثل ان يقول
اوصيت بثلث مالى لما فى بطن فلانة وصورة الثانى كما اذا اوصى فى بطن جاريته
لفلان ولم يكن من المولى لكن اذا علم انه ثابت موجود فى البطن وقت الوصية
له او به واختلفوا فى طريق معرفة ذلك واختار الطحاوى وصاحب الهداية والاسبيجابى
وصاحب الكنز والمص بانه جاءت بالحمل لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية
الى وقت الولادة واختار الفقيه ابو الليث وصاحب النهاية من وقت موت
الموصى فانه ذكر انه تجوز الوصية للحمل وبه اذا وضع لاقل من ستة اشهر من
وقت موت الموصى وقيل ان اوصى له يعتبر من وقت الوصية وان اوصى به
يعتبر من وقت موت الموصى اما وجه الاول وهو الوصية للحمل فلانها
استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة فى بعض ماله بعد موته والجنين يصلح
خليفة له فى الارث فكذا فى الوصية اذ هى اخته غير انها ترتد بالرد لما فيها
من معنى التمليك دون الميراث اذ لا تمليك فيه فان قيل الوصية شرطها القبول
والجنين ليس من اهل القبول فكيف يصح اجيب عنه بان الوصية شبه الهبة
والميراث فلشبهها بالهبة يشترط القبول كما فى الهبة اذا امكن ولشبهها

بالميراث تسقط اذا لم يمكن عملا بالشبهين ولهذا تسقط بموت الموصى له قبل القبول
واما وجه الثاني وهو الوصية بالحمل فلان الحمل بوصية الوجود اذ الكلام فيما اذا علم
وجوده وقت الوصية لا محالة فيجري فيه الوصية كما يجري فيه الارث وهل تصح
الوصية لمملوكه ففي الدرر انها صحت لمملوكه بثلث ماله وفي الخلاصة الوصية للعبد

مطلب الوصية لمملوكه صحيحة

بعين من اعيان ماله لا يصح اما لو اوصى بثلث ماله مطلقا يصح ويكون وصية
بالعتق ان خرج من الثلث قيمة العبد كله بغير سعاية وان خرج بعضه عتق
وسعى في بقية قيمته ولو اوصى له بشيء من الدراهم او الدنانير المرسلة قال الامام
النسفي الاصح انه لا يصح كالوصية بالعين وفي المنية لو اوصى لعبده القن او لامته
القنة جازت الوصية وهذا مخالف لما في الخلاصة فاما ان يقيد هذا بما سوى العين او يطلق
ويحمل على غير الاصح وفي قاضيخان لو اوصى لمكاتب نفسه او لام ولد نفسه او لمدبر نفسه
جاز الكل استحسانا ولو اوصى لعبده القن او لامته القنة ثم مات جازت الوصية
في قولهم الا عند ابي ح في الوصية للقن يعتق ثلثه مجانا ويجب عليه ثلثا قيمته وله ثلث
ماله من سائر التركة فتتقاصان ويترادان الفضل وعند صاحبيه يعتق العبد كله
ويصرف الوصية الى العتق فان فضل من الثلث شيء كان الفضل للعبد انتهى
ولا تصح الهبة له اي للحمل لان من شرط الهبة القبول والقبض ولا يتصور ذلك
من الجنين وان اوصى بامة دونه اي دون حملها بان قال اوصيت بهذه الجارية
لفلان الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان الحمل لا يتناوله اسم الجارية لفظا
لانه ليس بموضوع له ولا هو داخل في الموضوع له وما لا يتناوله اسم الجارية صح
استثناؤه من الجارية كقميصها وسراويلها مما يتلبس بها بخلاف اليد والرجل
فان اسم الجارية يتناولهما فلا يصح استثناؤهما فان قيل لا نسلم ان اسم الجارية
لا يتناول الحمل كيف لو لم يستثن استحقه الموصى له ولو لم يتناوله لما استحقه كغيره
من امواله اجيب بانه انما يستحقه عند عدم الاستثناء تبعا لا تناولا فان قيل كيف صح
الاستثناء وهو تصرف لفظي لا يرد على ما لا يتناوله اللفظ اجيب بان صحته باعتبار

باعتبار تقرير ملك الموصي فيه كما كان قبل الوصية لا باعتبار خروجه عن المستثنى
منه كما لو قال اوصيت لفلان الف درهم الا فرسا فان الوصية في الالف صحيحة والاستثناء
ايضا صحيح في تقرير ملكه في الفرس لا باعتبار خروجه من المستثنى منه فانه لم يكن داخلا
فيه ولا بد في الوصية من القبول وذلك بالصريح او بالدلالة وذلك بان يموت الموصى
له قبل القبول والرد بعد موت الموصي فيكون موته قبولا لوصيته ويكون ذلك
ميراثا لورثته كما سيأتي وهكذا في الخلاصة قال زفر والشافعي لا يشترط فيها
القبول بل الموصى له يملكه بدون القبول لانها خلافة فلا يحتاج فيها الى القبول كالميراث
ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد به عليه
ولا يملك احد اثبات الملك بدون اختياره بخلاف الميراث لانها خلافة حتى
يثبت هذه الاحكام فيثبت هذه الاحكام جبرا من الشارع من غير قبول لولاية
عليه ولانه لو ثبت الملك له بدون القبول منه لتضرر به بان يوصى له بعبد اعمى
او بدنان مكسرة في داره فانه يجب نفقة العبد ونقل المكسر الى داره تفريغا لملك
الغير عن ملكه ويعتبر اي قبول الموصى له بعد موت الموصي ولا اعتبار بالرد والقبول
في حياته لان اوان ثبوت حكمها بعد الموت فلا يعتبر قبوله ولا رده قبله كما لا يعتبران
قبل عقد الوصية فصار كما اذا قال لامرأته انت طالق على الف درهم غدا فان ردها
وقبولها باطل قبل مجيء الغد واعلم ان القبول ليس بشرط لصحة الوصية على ما هو
الظاهر من كلام المص سابقا بل هو شرط لثبوت الملك للموصى له على ما صرح به
في العناية وبه يشعر كلام المص فيما بعد فلا يملك الموصى له قبل القبول وان
صحت الوصية ويملكه بعد القبول من غير حاجة الى القبض لان الوصية يشبه
الميراث من حيث انها تملك بالموت ويشبه الهبة من حيث انها تملك بتمليك
الغير تبرعا فاعتبرنا شبه الهبة في حق القبول ما دام ممكنا من الموصى له فقلنا لا يملك
قبل القبول واعتبرنا شبه الميراث بعد القبول فقلنا انه يملكها بعد القبول من غير
قبض عملا بالشبهين بقدر الامكان وبه اي بالقبول تملك اي الموصى له الوصية

وهل يملكها من وقت قبوله او من وقت موت الموصي ففي الاشباه انه يملكه مستندا
الى وقت موت الموصي مستدلا بمسئلة نقلها عن الولوالجية وهي رجل وصى بعبد
لانسان والموصى له غائب فنفقته في مال الموصي فان حضر الغائب ان قبل رجع الموصى
عليه بالنفقة ان فعل ذلك بامر القاضي وان لم يقبل فهو ملك الورثة انتهى الا ان
يموت الموصى له بعد موت الموصي قبل القبول استثناء من مفهوم قوله وبه يملك
اي لا يملك بدون القبول الا ان يموت الموصى له بعد موت الموصي قبل القبول فانه يملكها
بدون القبول في الاستحسان والقياس انه لا يملكه لما ذكرناه ان احدا لا يقدر على اثبات
الملك لاحد بدون اختياره وقبوله لئلا يعود على موضوعه بالنقض لان اثبات الملك
للغير لمنفعة الغير ولو اثبتنا الملك له بدون اختياره لربما يتضرر به فانه لو اوصى
له بعبد اعمى وجب عليه نفقته بلا منفعة تعود اليه وجه الاستحسان ان الوصية من جانب
الموصي قد تمت بموته فلا يلحقه الفسخ من جهته وانما يتوقف لحق الموصى له فاذا
مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري او البايع ثم مات من له الخيار
قبل الاجازة وكذا اذا اوصى للجنين يدخل في ملكه من غير قبول منه استحسانا لعدم
من يلي عليه حتى يقبل عنه ماله فان قيل بعد موت الموصى له قبل القبول فلمن تصير الوصية
فاجاب عنه بقوله وتصير لورثته اي لورثة الموصى له ردوها او قبلوها على ما في
العناية لانهم خليفته ولا تصح اي الوصية من صبي ولو مميزا وكذا لا تصح من
مثله ممن كان في اهليته خلل كالمجنون كذا في القهستاني قلت وكذا المعتوه لان
في اهليته خللا ايضا وقال الشافعي تصح وصية الصبي اذا كان في وجوه الخير لان
عمر رضي الله عنه اجاز وصية يافع وهو الذي راهق الحلم ولان في تنفيذ وصيته
نظرا له بابقاء ماله لنفسه بتحصيل القرب له ولو لم ينفذ كان ماله لغيره
وهو الوارث ولا نظر له فيه ولنا ان الوصية تبرع فلا تصح من الصبي لانه ليس باهل له
كالصدقة والهبة وهذا لان اعتبار عقله في النفع والضرر باعتبار اوضاع التصرفات
لا باعتبار ما ينفق بحكم الحال الا ترى ان طلاقه لا يقع وان تضمن نفعا في بعض الاحوال

لا تصح الوصية من صبي

الاحوال ولان قوله غير ملزم وتصحيح وصيته يؤدي الى ان قوله ملزم وما رواه
من اثر عمر رضي الله عنه محمول على انه كان قريب العهد بالحلم فسمي يافعا مجاز التسمية
للشيء باسم ما كان عليه او كانت وصيته في تجهيزه وتكفينه [illegible] وذلك جائز عندنا
اطلقه فشمل ما اذا اوصى الصبي ثم مات بعد الادراك [illegible] وتلك الوصية
ايضا لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا لا تصح اذا قال اذا ادركت فثلث مالي
لفلان وصية لانه ليس باهل لقول ملزم فلا يملكه تنجيزا ولا تعليقا كما في الطلاق
والعتاق بخلاف العبد والمكاتب فانها تصح منهما تعليقا على ما سيأتي ولا من
مكاتب وان وصلية ترك المكاتب وفاء لانه ليس من اهل التبرع بخلاف الوصية
للمكاتب فانها على ما سنذكره واعلم ان وصية المكاتب على ثلاثة اقسام قسم
باطل بالاجماع وهو الوصية بعين من اعيان ماله لانه لا ملك له حقيقة كمن اوصى
بعتق عبد غيره ثم ملكه ولو اجازها بعد العتق جاز وصيته بناء على ان الاجازة
انشاء للوصية لان الوصية تصح بلفظ الاجازة بخلاف ما اذا اعتق عبده ثم
اجاز العتق بعد الحرية حيث لا يجوز لان العتق لا يجوز بلفظ الاجازة وقسم
يجوز بالاجماع وهو ما اذا اضاف الوصية الى ما يملكه بعد العتق بان قال اذا اعتقت
فثلث مالي وصية لفلان او قال اوصيت بثلث مالي له فانها صحيحة حتى لو عتق
قبل الموت باداء بدل الكتابة او غيره ثم مات كان للموصى له ثلث المال وان لم يعتق حتى
مات عن وفاء بطلت الوصية لان الملك حقيقة لم يوجد اذا لم يثبت الحرية له في حياته
مطلقا وانما ثبت بطريق الضرورة في حق نفاذ الوصية وقسم مختلف فيه وهو ما اذا
قال اوصيت بثلث مالي لفلان فالوصية باطلة عند ابح وعندهما جائزة وهذا لان
للمكاتب ملكا حقيقيا وهو ما بعد العتق ومجازيا وهو ما قبل العتق فعند ابح
ينصرف الى المجازي لانه هو الظاهر لان بقاء ما كان على ما كان والآخر ليس موجودا والظاهر
بقاؤه على العدم فلا ينصرف اليه اللفظ وعندهما ينصرف الى الحقيقي وهو ما يملكه
بعد الجهة المطلقة وهو القابل للوصية تصحيحا لتصرفه ويتناول النوعين فيصح

فيما يقبل ولا يصح فيما لا يقبل كما اذا قال الحر كل عبد اشتريته فهو حر ينصرف الى ما يشتريه
لنفسه ولغيره فيعتق ما يشتريه لنفسه لا يعتق الآخر وينحل به اليمين حتى اذا اشتراه
بعد ذلك لا يعتق هكذا ذكره في الزيلعي نقلا عن شرح الزيادات ثم قال ينبغي ان يكون هذه
المسئلة مثل مسئلة اليمين المذكورة في باب الحنث في ملك المكاتب والماذون من ايمان
الجامع الكبير وهو ما قال اذا قال احدهما اذا اعتقت فكل مملوك املكه فهو حر يصح
العتق اذا ملك عبدا بعد العتق ولو قال كل مملوك املكه فهو حر فاعتق ثم ملك
عبدا لا يعتق لان قوله املكه يتناول الحال وهو غير قابل للعتق ولو قال كل مملوك املكه
فيما يستقبل فهو حر يعتق عندهما ما يملكه بعد العتق لانه ينصرف الى ملك قابل له وهو
ما يملكه بعد الحرية ولا يعتق عند ابي ح لانه ينصرف الى الملك الظاهر وهو ما قبل العتق
كما اذا قال للمنكوحة نكاحا فاسدا ان طلقتك فعبدي حر ينصرف الى الطلاق في هذا النكاح
لانه هو الظاهر انتهى وكذا لا يجوز وصية العبد والمدبر وام الولد وكذا معتق البعض عند
ابي ح لانه بمنزلة المكاتب عنده والمجنون بمنزلة الصبي كذا في قاضيخان وهل تجوز الوصية
من معتقل اللسان والاخرس فقد قال في آخر وصية البزازية ومعتقل اللسان لا يجوز
اشارته ولا يعتبر كتابته بخلاف الاخرس فانه يعتبر اشارته وعن الثاني انه يقوم مقام
عبارته وذكر محمد رواية عن الامام ان دامت العقلة الى الموت يجوز اقراره بالاشارة
ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بوجه لا يرجى زواله فكان كالاخرس وعليه الفتوى
فان صمت يوما فكتب او اشار بشيء لا يعتبر لانه ناطق بحاله وان صمت بعارض فهو
كالمريض المعتقل لسانه كذا في المجتبى وهكذا ذكره في الدرر وزاد فيه الاختلاف
في مدة العقلة وقال انها قدرت بسنة وقيل الى الموت والوصية مؤخرة عن الدين
لانه اهم الحاجتين فانه فرض والوصية بغير الواجب تبرع وبالواجب وان كان
فرضا لكن حق العبد وحق الشرع من الصلوة وغيرها يسقط بالموت فيكون الوصية
به كالتبرع فلا تصح ممن يحيط دينه بماله الا ان يبرئه الغرماء فيصح الوصية لزوال
المانع وهو حق الغرماء وللموصي ان يرجع في وصيته بخلاف العتق فانه لا يصح رجوعه

مطلب
وللموصي ان يرجع في وصيته

مطلب
الرجوع في الوصية صحيح

رجوعه عن اعتاقه اعلم ان الرجوع في الوصية على اربعة اوجه منها ما يكون رجوعا
بالقول والفعل جميعا نحو ان يوصي لرجل بشيء من اعيان ماله ثم قال رجعت كان
رجوعا وكذا لو اخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه بطلت الوصية حتى لو عاد الى
ملكه بعد ذلك لا تعود الوصية ومنها ما يكون رجوعا بالقول لا بالفعل نحو ان يوصي
بثلث ماله ثم قال رجعت صح رجوعه ولا يكون رجوعا بغير ذلك ومنها ما يكون
بالفعل لا بالقول نحو ان يقول لعبده ان مت من مرضي هذا فانت حر فهو مدبر
مقيد ثم لو قال رجعت عنه لا يصح الرجوع ولو باع العبد جاز بيعه ويكون رجوعا
عن الوصية ومنها ما لا يكون رجوعا لا بالفعل ولا بالقول نحو ان يدبر عبده تدبيرا
مطلقا لا يمكنه ان يرجع عنه لا فعلا ولا قولا كذا في قاضيخان واليه اشار المص بقوله
قولا نحو رجعت عما اوصيت او عن وصيتي لانه تبرع لم يتم بعد فصار كالهبة فصح
الرجوع عنها او فعلا يقطع حق المالك في الغصب كقطع الثوب وخياطته
يعني لو فعل الموصي في الموصى فعلا اذا فعله الغاصب في المغصوب يقطع حق المالك
عنه لقطع الثوب وخياطته كان رجوعا عن الوصية او يزيل ذلك الفعل ملكه اي
يزيل الموصى به عن ملكه كالبيع والهبة والعتق والتدبير والكتابة وان وصلية
اشتراه اي وان اشترى الموصى به بعد اخراجه عن ملكه بهذه التصرفات او رجع
بعد ذلك اي بعد الهبة فان الوصية لا تعود بعود الموصى به الى ملكه بعد اخراجه
عن ملكه بهذه التصرفات او يوجب ذلك الفعل في الموصى به زيادة لا يمكن التسليم
الى الموصى له الا بها اي بتلك الزيادة كلت السويق بسمن والبناء في الدار بان
اوصى بدار ثم بنى فيها والحشو بالقطن بان اوصى بالقطن فحشى به وكذا لو اوصى
ببطانة فبطن بها او بظهارة فظهر بها كذا في الزيلعي وقطع الثوب بان اوصى
بثوب ثم قطعه او خاطه وكذا لو اوصى بقطن ثم غزله او بغزل ثم نسجه لانه ينقطع
به حق المالك اذا وجد ذلك من الغاصب فتبطل به الوصية وذبح الشاة رجوع
بان اوصى بشاة ثم ذبحها لانه استهلاك فتبطل به الوصية لا غسل الثوب الموصى به

وتجصيص الدار الموصى بها او هدمها لانه تصرف في التبع ومن اراد ان يعطي ثوبه
غيره يغسله عادة فكان تقريرا للوصية معنى فلا تبطل به والجحود ليس برجوع
عند محمد خلافا لابي يوسف اعلم ان محمدا ذكر في الجامع الكبير ان جحود الوصية
ليس برجوع وذكر في المبسوط انه رجوع واختلفوا في التوفيق فمنهم من حمل المذكور
في الجامع على الجحود في غيبة الموصى له وهو ليس برجوع في الروايات كلها لان
الجحود انما يلتفت اليه اذا صح الانكار والانكار على الغائب لا يصح وحمل المذكور في المبسوط
على الجحود بحضرة الموصى له وهو رجوع في الروايات كلها الصحة الانكار ح ومنهم من حمل
المذكور في الجامع على صورة الجحود لا على الجحود الحقيقي والمذكور في المبسوط على الجحود
الحقيقي وهو رجوع في الروايات كلها ومنهم من قال المذكور في الجامع جواب القياس
والمذكور في المبسوط جواب الاستحسان ومنهم من قال في المسئلة روايتان قال شيخ الاسلام
وهو الاصح ومنهم من قال المذكور في الجامع قول محمد والمذكور في المبسوط قول ابي يوسف
وهو مختار المص وقال شمس الائمة السرخسي هو الاصح لان المعلى قال في نوادره سالت
ابا يوسف عن رجل اوصى لرجل بوصية ثم جحد قال يكون رجوعا وسالت محمدا قال
لا يكون رجوعا وهو مختار صاحب الهداية ايضا لابي يوسف ان الرجوع اثبات في الماضي
نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال معا واذا كان نفي الحال
وحده رجوعا فنفي الماضي والحال اولى ان يكون رجوعا ولمحمد ان الجحود نفي في الماضي
والرجوع نفي في الحال فقط فبينهما تناف ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولا قوله
اخرت الوصية او كل وصية اوصيت بها لفلان فهي حرام او فهي ربو وهذا لان
الوصف يستدعي بقاء الاصل فوصف التأخير والحرمة والربوية يقتضي بقاء اصل الوصية
فلا يكون رجوعا بخلاف ما لو قال فهي باطلة فانه رجوع عنها لان الباطل ذاهب متلاش
لا اصل له ولو قال تركتها يكون رجوعا لان الترك اسقاط بخلاف التأخير فانه ليس باسقاط
بل هو وصف يقتضي بقاء الموصوف ولهذا لم يكن رجوعا كتاخير الدين فان الداين
لو قال اخرت الدين لا يكون ابراء ولو قال ما اوصيت به لفلان فهو اي ذلك الشيء لفلان

لفلان اخر فرجوع لان اللفظ يدل على قطع الشركة واثبات التخصيص له فاقتضى
رجوعا عن الاول وكذا لو قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول لما ذكرناه ثم
الورثة بالخيار ان شاؤا اجازوا وان شاؤا ردوا بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى
به لاخر فانه لا يكون رجوعا عن الاول لان اللفظ صالح للشركة والمحل يقبلها فيكون
الموصى به مشتركا بينهما الا ان يكون فلان الثاني ميتا اي وقت الوصية الاولى فانه
ح لا يكون رجوعا بل الوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة
كونها للثاني ولم يتحقق للثاني فبقي للاول على حاله ولو كان فلان الثاني حين قال
ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصى فهو للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع
والثانية بالموت كذا في الزيلعي وتبطل هبة المريض ووصيته لاجنبية نكحها بعدها
اي بعد الهبة والوصية يعني اذا وهب المريض لامرأة اجنبية او اوصى لها بوصية
ثم تزوجها ثم مات المريض لم يجز كل من الهبة والوصية اما الوصية فلان
المعتبر فيها يوم الموت لانها ايجاب مضاف الى ما بعد الموت فان كان الموصى له
وارثا يوم الموت لا تصح الوصية وان كان غير وارث تصح وتلك المرأة وارثة
يوم الموت فلا تصح الوصية لها لان الوصية للوارث باطلة بخلاف ما لو اوصى
لامرأته بثلث ماله ثم ابانها بثلاث او بواحدة ثم انقضت عدتها ثم مات
الموصى صحت الوصية لها لانها ليست وارثة وقت الموت كذا في قاضيخان واما
الهبة فهي وان كانت منجزة صورة لكنها كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لانها
وقعت موقع الوصية لانها تبرع يعتبر حكمه عند الموت بخلاف اقرار المريض لاجنبية
نكحها بعد الاقرار فانه يجوز لان المعتبر في جواز الاقرار وفساده كون المقر له وارثا
للحال وغير وارث وتلك المرأة غير وارثة حال الاقرار فيجوز وهذا لان الاقرار
تمليك للحال فيعتبر وقت الاقرار فان كان المقر له اجنبيا وقت الاقرار يصح وان
كان وارثا وقته لا يصح وكذا اي يبطل اقراره اي المريض ووصيته وهبته
لابنه الكافر او الرقيق اي لابنه الرقيق ان اسلم ابنه الكافر او اعتق ابنه

الرقيق بعد ذلك اى بعد الاقرار والوصية له والهبة منه اما الوصية والهبة
فلما ذكرناه من ان المعتبر فيهما وقت الموت والابن ههنا وارث يوم الموت
لكونه مسلما يومئذ واما الاقرار فلانه وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث
وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيورث تهمة الايثار فصار باعتبار التهمة
ملحقا بالوصية بخلاف ما تقدم من اقراره لاجنبية نكحها بعده حيث يجوز لان
سبب الارث ثم الزوجية وهى طارية حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهى
نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح اقراره لها لقيام سبب الارث حال اقراره لها
ولم يفرق المص بين ابنه الرقيق المديون وابنه الرقيق الغير المديون فى بطلان
الاقرار لهما بعد طريان العتق بعد الاقرار لهما لكنه قال فى الهداية وكذا يبطل
اقرار المريض لابنه الرقيق عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا ثم قال وذكر فى كتاب الاقرار
أنه لم يكن عليه دين يصح اقراره لان اقراره لمولاه وهو اجنبى وان كان عليه دين لا يصح
لان اقراره له وهو ابنه وقت اقراره وهبة المقعد وهو العاجز عن المشى لداء
فى رجليه والمفلوج الفلج داء يعرض نصف البدن فيمنعه عن الحس والحركة الارادية
والاشل وهو الذى فى يده ارتعاش وحركة والمسلول وهو الذى يكون له علة
السل وهو قرحة تحدث فى الرية اما تعقب ذات الجنب او ذات الرية او زكام
ونوازل او سعال طويل وتلزمها حمى هاوية كذا فى القاموس وفى المصباح لا يكاد
صاحبها يبرأ منه من كل ماله ان طال ولم يخف موته منه لانه فى حكم الصحيح لعدم
خوف الموت والا اى وان لم يطل ويخاف موته منه بان يزداد يوما فيوما فمن
ثلثه لانه ح يكون مريضا فيعتبر وصاياه من ثلث ماله باب الوصية
بثلث المال ولو اوصى لكل من اثنين بثلث ماله بان اوصى لرجل بثلث
ماله ثم اوصى لاخر بذلك المال ايضا بلا رجوع عن الاول فالورثة اما ان يجيزوا وهما
اولا فان اجازوا فلهما الثلثان وللورثة الثلث وان لم يجيزوا واليه اشار
بقوله ولم يجز وارثه قسم الثلث بينهما نصفين لانها لا تزاد على الثلث

على الثلث ح لعدم اجازة الورثة وليس احدهما اولى به من الاخر فتساويا فى
سبب الاستحقاق والتساوى فيه يوجب التساوى فى الاستحقاق فان كان المحل
يقبل الشركة جعل بينهما وان لم يقبل كرجلين اقاما البينة على نكاح امرأة
تبطل البينتان جميعا لعدم قابلية المحل وهو النكاح الشركة ولو اوصى بثلث
ماله للفقراء ولقرابته قال نصر الوصية بين الفقراء والقرابات نصفان وقال
محمد بن سلمة ان كانت القرابات يحصون فالثلث بين الفقراء والقرابات
لكل واحد من القرابات سهم واحد وللفقراء سهم واحد وان كانوا لا يحصون
فالثلث بينهما نصفان ومشايخنا اخذوا بهذا القول كذا فى قاضيخان ولو
اوصى لاحدهما بثلثه وللاخر بسدسه والحال ان الورثة لم يجيزوا الشدس
لكونه زايدا على الثلث قسم الثلث اثلاثا فثلثاه لصاحب الثلث وثلثه
لصاحب السدس لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقهما
اذ لا مزية للوصية على الثلث بدون اذن الورثة فيقسمان الثلث على قدر حقهما
والثلث ضعف السدس فكان قد اوصى لاحدهما ضعف ما للاخر ولو اوصى
لاحدهما بثلثه وللاخر بثلثيه او بنصفه او بكله ولم يجيزوا الورثة ينصف
الثلث بينهما فى كل من هذه الصور الثلاث عند ابى ح وعندهما يثلث الثلث
فى الاول ويخمس خمسين وثلاثة اخماس فى الثانى اى يجعل الثلث خمسة
اخماس فيعطى خمسا لصاحب الثلث وثلاثة اخماس لصاحب النصف ويربع
الثلث فى الثالث فيجعل ربع واحد لصاحب الثلث وثلاثة ارباع لصاحب الكل
ولا يضرب على صيغة المجهول يعنى لم يجعل وقوله الموصى له مفعول قائم
مقام فاعل اى لم يجعل للموصى له شئ ولا يعطى له اكثر من الثلث بالزايد
متعلق بالموصى له على الثلث متعلق بالزايد عند الامام الا فى المحاباة والسعاية
والدراهم المرسلة اى المطلقة عن كونها ثلثا او نصفا او نحوهما يعنى ان
الامام ابا ح لم يجعل للموصى له بالزايد على الثلث شيئا فى صورة من الصور

الا في صورة المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة بل جعل الثلث نصفين بينهما
سواء كان الزائد على الثلث ثلثا او النصف او الكل لما ذكر له ان الوصية بما زاد على
الثلث وقعت بغير المشروع عند عدم اجازة الورثة فتبطل اصلا ولا معتبر
للباطل والتفضيل ثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلان الاستحقاق بخلاف
المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة
بان كان في المال سعة فيعتبر فيها التفاضل فيضرب كل واحد منهم بجميع حقه
لكونه مشروعا ولهما ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل فامتنع الاستحقاق
لعدم اذن الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيه والجواب عن
ما مر ان التفضيل يبطل ببطلان الاستحقاق وصورة المحاباة عبدان لرجل قيمة احدهما
الف ومائة وقيمة الاخر ستمائة واوصى بان يباع احدهما لفلان بمائة والاخر لفلان
بمائة فانه حصلت المحاباة لاحدهما بالف وللاخر بخمسمائة والكل وصية لانه في
حال المرض فان لم يكن له غيرهما ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث فيكون
بينهما اثلاثا يضرب الموصى له بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له الاخر
بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول ابي ح وجب
ان لا يضرب الموصى له بالاكثر من خمسمائة وصورة السعاية ان يوصي بعتق
عبدين قيمة احدهما الف وقيمة الاخر الفان ولا مال له غيرهما ان اجازت الورثة
عتقا جميعا وان لم يجيزوا اعتقا من الثلث وثلث ماله الف فالالف بينهما
على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي قيمته الفان ويسعى في الباقي والثلث
للذي قيمته الف ويسعى في الباقي وصورة الدراهم المرسلة ان يوصي لرجل بالفين
ولاخر بالف درهم وثلث ماله الف درهم ولم يجز الورثة فانه يكون بينهما
اثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته لان الوصية في مخرجها صحيح لجواز
ان يكون له مال اخر يخرج من هذا القدر من الثلث ولا كذلك فيما اذا اوصى لرجل
بثلث ماله ولاخر بنصف ماله او بجميع ماله لان اللفظ في مخرجه لم يصح لان ماله

لان ماله لو كثر او خرج له مال تدخل فيه تلك الوصية ولا يخرج من الثلث ويبطل
الوصية بنصيب ابنه والابن موجود وقت الوصية حتى لو لم يكن له ابن صحت
الوصية على ما في العناية وهذا لان الوصية بنصيب الابن الموجود وصية بمال الغير
لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت بنص الكتاب والوصية بمال الغير لا يجوز
وتصح بمثل نصيب ابنه سواء كان له ابن او لم يكن وهذا لان الوصية بمثل
نصيب الابن ليست وصية بنصيب الابن بل هي وصية بغير نصيب الابن لان مثل الشيء
غيره وان كان يتقدر به فيجوز فلو كان له ابنان فللموصى له الثلث والقياس
ان يكون له النصف عند اجازة الورثة لانه اوصى بمثل نصيب ابنه ونصيب كل واحد
منهما النصف ووجه الاستحسان انه قصد ان يجعل مثل نصيب ابنه ونصيب
كل واحد منهما وذلك بان يجعل الموصى له كاحدهم فيقسم اثلاثا بينهم
فالثلث للموصى له والثلثان للابنين وان كان له ثلاثة ابناء فالربع للموصى له
لما ذكرناه من جعل الموصى له كاحدهم فيقسم المال ارباعا وان اوصى بجزء
من ماله فالتعيين الى الورثة فيقال لهم اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول
القليل والكثير والوصية لا يمتنع بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصي فكان
البيان اليهم وان اوصى بسهم فالسدس لما روي عن ابن مسعود مرفوعا
ان السهم هو السدس وعن اياس بن معاوية قاضي بصرة قال السهم في اللغة عبارة
عن السدس وبه اخذ ابو ح وقال السهم هو السدس وعندهما السهم مثل
نصيب احدهم اي احد الورثة الا ان يزيد على الثلث اي يراد بالسهم هنا مثل
نصيب احدهم الا ان يزيد نصيب احدهم على ثلث المال ولا اجازة من الورثة
فانه لا يراد به نصيب احدهم بل يرد الى الثلث لان الوصية لا يزاد على الثلث
عند عدم اجازة الورثة قالوا هذا اي الفرق بين الجزء والسهم في عرفهم
وفي عرفنا السهم كالجزء في التعيين الى الورثة اعلم ان عبارة المشايخ والشارحين
في هذا الموضع اختلفت اختلافا كثيرا بسبب اختلاف رواية المبسوط والجامع

الصغير قال في الكافي فعلى رواية الاصل جوز ابو ح النقصان من السدس ولم
يجوز الزيادة على السدس وعلى رواية الجامع الصغير جوزا الزيادة على السدس
ولم يجوزا النقصان عن السدس فانه قال في الاصل له اخس سهام الورثة الا ان يكون
اكثر من السدس فلا يزاد عليه وقال في الجامع الصغير له اخس سهام الورثة الا ان يكون
اقل من السدس فح يعطى له السدس ففي الاصل جعل السدس يمنع الزيادة عليه ولا يمنع
النقصان عنه وفي الجامع الصغير جعله يمنع النقصان ولا يمنع الزيادة وذكر في الهداية
ما يخالف كل واحد من روايتي الاصل والجامع فانه قال ولو اوصى بسهم من ماله فله
اخس سهام الا ان ينقص عن السدس فيتم السدس ولا يزاد عليه فهذا مخالف
لكل من الروايتين المذكورتين فان قوله الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس
ليس في رواية الاصل وقوله ولا يزاد عليه ليس في رواية الجامع وهكذا ذكره في العناية
ثم قال لعل صاحب الهداية اطلع على رواية غير رواية الاصل والجامع او جمع بين روايتيهما
وقال صورة المسئلة ما اذا اوصت امرأة بسهم من مالها ثم ماتت وتركت زوجا
وبنتا فعلى رواية يعطى السدس في قول ابي ح وعندهما يعطى مثل الربع فيعطى الخمس
فانا نجعل المسئلة على قوله من ستة لحاجتنا الى السدس للموصى له سهم فبقيت
خمسة للزوج منه الربع ولا يستقيم عليه فيضرب في اصل مخرج المسئلة اعني الستة
مخرج الكسر وهو اربعة تبلغ اربعة وعشرين كان للموصى له سهم يضرب في اربعة
وهو اربعة وهو سدس المال بقي عشرون للزوج منها الربع وهو خمسة والباقي
للبنت وهو على قولهما من خمسة يزاد مثل اخس سهام الورثة وهو الربع وهو واحد
على الفريضة وهي اربعة فتصير المسئلة خمسة يعطى للموصى له سهما وللزوج
سهما وهو ربع الباقي بعد نصيب الموصى له وما بقي فللبنت وانما كان كذلك لان الموصى
اوصى بمثل نصيب الزوج لانه اخس النصيب ومثل الشيء غيره فيزاد مثل الربع على الاربعة
ليكون المزيد مثلا للربع وان اوصى له بسدس ماله ثم بثلث ماله واجازوا اي الورثة
فله اي للموصى له الثلث لان الثلث يتضمن السدس لانه اقل منه فيدخل فيه فلا يتناول

فلا يتناول اكثر من الثلث الطلق فيشمل ما اذا قال له ذلك في ذا المجلس او في مجلس اخر
كذا في الهداية وان اوصى بسدس ثم بسدس بان قال سدس مالي لفلان
ثم قال له سدس مالي فله السدس اي سدس واحد سواء اتحد المجلس او اختلف
لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المعالي والمعرف متى اعيد معرفا كان الثاني عين الاول
ثم الظاهر ان قوله سواء اتحد المجلس واختلف قيد للمسئلتين ولو اوصى بثلث
دراهمه او غنمه او ثيابه وهي اي الثياب من جنس واحد قيد هابه لان الحكم في الجنسين
منها ليس كذلك على ما سيصرح به فهلك الثلثان اي ثلثا دراهمه او غنمه او ثيابه
فله اي للموصى له الباقي اي الباقي من دراهمه او غنمه او ثيابه اعني ثلثها ان خرج
ذلك الباقي من الثلث اي من ثلث جميع ماله وقال زفر له ثلث ما بقي من دراهمه
او غنمه او ثيابه لا ثلث جميع ماله لان كل واحد من الهالك والباقي مشترك بين الورثة
والموصى له والمال المشترك يهلك ما يهلك منه على الشركة ويبقى ما يبقى منه على الشركة
فصار كما اذا كانت التركة الموصى بها اجناسا مختلفة وهو القياس قلنا ان هذا جنس
واحد والجنس الواحد يمكن فيه جمع حق واحد من الورثة والموصى له في البعض
المعين من ذلك الجنس ولهذا كان يجري فيه الجبر على القسمة مع ما فيه من الجمع فاذا
امكن الجمع جمعنا حق الموصى له فيما بقي من الموصى به تقديما للوصية على الارث
لان الموصى له جعل حاجته في هذا المعين مقدمة على حق ورثته بقدر الموصى به فكان
حق الورثة كالتبع وحق الموصى له كالاصل والاصل في مال اشتمل على اصل وتبع اذا هلك
شيء منه ان يجعل الهالك من التبع دون الاصل كمال المضاربة اذا كان فيه ربح وهلك
بعضه يصرف الهالك الى الربح لانه تبع لا الى رأس المال لانه اصل فصارت الوصية
بثلث دراهمه كالوصية بالدرهم الواحد ولو اوصى بدرهم وله ثلاثة دراهم
فهلك درهمان وبقي درهم وهو يخرج من ثلث ماله كان للموصى له الدرهم فكذا هذا
بخلاف الاجناس المختلفة فان الجمع فيها غير ممكن فانه اذا ترك اجناسا مختلفة
وطلب بعض الورثة القسمة وابى الباقون فان القاضي لا يجبرهم على القسمة لان الغرض

من القسمة الانتفاع فلا بد من المعادلة وهي في الاجناس المختلفة متعذرة فاذا تعذر
الجمع تعذر التقدير لان فيه الجمع فبقي الكل مشتركا بين الورثة والموصى له اثلاثا فما
هلك منها يهلك على الشركة وما بقي يبقى عليها اثلاثا فلا يصح قياس ما يتحد جنسه
عليها وكذا اي مثل الوصية بثلث دراهم او غنم وصية ثلث كل مكيل وموزون لانها
من جنس واحد وان اوصى بثلث ثيابه وهي متفاوتة اي ليس من جنس واحد فهلك
الثلثان من تلك الثياب فله اي للموصى له بثلث تلك الثياب ثلث ما بقي من تلك
الثياب ان كان ثلث ما بقي يخرج من ثلث جميع ماله لان الجنس لما كان مختلفا لا يمكن
جمعه على ما بيناه فله ثلث ما بقي لا جميع ما بقي كما في متحد الجنس وان اوصى بثلث
عبيده فكذلك اي لو اوصى بثلث عبيده وله ثلاثة عبيد وهلك اثنان من عبيده
فللموصى له ثلث ما بقي من عبيده وهو واحد ان خرج ثلثه من ثلث جميع ماله لكثرة
التفاوت منها فلا يمكن الجمع قالوا هذا عند ابي ح وعندهما للموصى له كل الباقي
وهو العبد الباقي والى قولهما مال الفقيه ابو الليث والامام فخر الاسلام لامكان جمع
نصيب واحد منهم في عبد واحد باعتبار القيمة لاتحاد الجنس وقيل ابو ح فقد
لا يجبر في القول بان للموصى له ثلث ما بقي من عبيده يعني لا مخالفة بينه وبينهما في
هذه المسئلة قال في العناية الخلاف في هذه المسئلة اشبه للفقه بناء على ان ابا ح
لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور المختلفة لانه يجعلها اجناسا مختلفة
وهما يريان ذلك لانهما يجعلانها جنسا واحدا والدواب وكذا الدور كالعبيد
على ما تقدم بيانه في العبيد وان اوصى بالف درهم وله اي للموصى عين ودين فهي
اي الوصية عين اي يصرف الى عين ان خرجت الالف الموصى به من ثلث العين
بان كان له ثلاثة الاف درهم نقدا فانه دفع الالف منه الى الموصى له اذ لا ضرر فيه
للورثة والا اي وان لم تخرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له ثلث العين
بان كان له الف درهم نقدا مثلا فيعطى الموصى له ثلث الالف النقد وثلث
ما يستوفى من الدين حتى يتم الالف الموصى به لان فيه نظرا للورثة وللموصى له

له لان للعين فضلا على الدين ولو تخصص احدهما بالعين يتضرر به الاخر وان
اوصى بالثلث لزيد وعمرو واحدهما ميت فكله للحي لان الميت ليس باهل للوصية
فلا يزاحم من هو اهل لها وهو الحي فيكون الثلث كله للحي كما اذا اوصى لزيد وجدار
صار الثلث كله لزيد وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم بموته فله نصف الثلث
لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا نصف الثلث بخلاف ما اذا علم
موته لان الوصية لعمرو لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي وانما لم يفرق في ظاهر
الرواية بين علم الموصي بحياته وعدمه لان استحقاق الحي منهما لجميع الثلث بعد
المزاحمة عند ايجاب الموصي وفي هذا لا فرق بين العلم وعدمه الا يرى انه لو اوصى
لزيد وعمرو وهما بالحياة ثم مات احدهما فان للباقي منهما نصف الثلث لوجود المزاحمة
بينهما حال الوصية ثم بعد ذلك موت احدهما لا يبطل حقه بل يقوم وارثه فيه
مقامه لكونه احد الورثة بعد موت المورث وان قال بين زيد وعمرو فالنصف للحي
يعني اذا قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وعمرو ميت كان لزيد نصف الثلث لان كلمة بين
توجب التنصيف بخلاف المسئلة الاولى فان الجملة الاولى اعني قوله ثلث مالي
لزيد كلام يقتضي اختصاص الثلث به الا ان العطف عليه بكلمة الواو وقوله ولعمرو
يقتضي المشاركة في الحكم المذكور اي الوصية بالثلث والتنصيف بحكم المزاحمة فاذا
زالت المزاحمة بكون عمرو ميتا يكون الثلث كله للحي بخلاف ما نحن فيه فان التنصيف
هنا ليس بحكم المزاحمة بل بمقتضى كلمة بين ولهذا لو قال ثلث مالي بين فلان
وسكت لم يستحق المذكور الثلث كله بل يستحق نصفه بخلاف ما لو قال ثلث مالي
بين فلان وسكت كان الثلث له جميعا لعدم ما يوجب التنصيف اصلا وان اوصى
بثلث ماله لشخص ولا مال له وقت الوصية فاكتسب بعدها مالا فله اي للموصى
له ثلث ماله الذي وجد عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد
الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت سواء اكتسبه بعد الوصية
وهو المذكور في المتن او قبل الوصية لكن الموصى به لم يكن عينا او نوعا معينا

فانه في هذه الصورة يشترط وجود المال عند الموت ايضا والا فالوصية باطلة واما
اذا اوصى بعين من ماله او بنوع معين منه كثلث غنمه ولا غنم له وقت الوصية او كان
فهلكت الغنم قبل موته تبطل الوصية لانها تعلقت بالعين فتبطل بفواتها قبل
الموت حتى لو اكتسب عينا اخرى او غنما اخر بعد ذلك لا يتعلق به حق الموصى له والى هذا
اشار بقوله وان بثلث غنمه ولا غنم له او كان فهلك قبل موته بطلت على ما
بيناه وان استفاد غنما يعني اوصى لشخص بثلث غنمه ولا غنم له وقت الوصية
فاستفاد غنما ثم مات الموصي صحت الوصية في الصحيح لانها لو كانت بلفظ المال
تصح فكذا اذا كانت بلفظ نوعه والمعتبر وجوده عند الموت وقوله في الصحيح احتراز
عن قول بعض المشايخ ان الوصية باطلة لانه مال خاص فصار بمنزلة التعيين كما لو
اوصى بهذه الشاة ولم يكن في ملكه ثم ملكه فانها غير صحيح على ما سيصرح به في
الكتاب ولو اوصى بشاة من ماله ولا شاة له فله اي للموصى له قيمتها لانه لما اضاف الى
ماله علم ان مراده الوصية بمالية الشاة وماليتها يوجد في مطلق المال وتبطل الوصية
لو اوصى بشاة من غنمه ولا غنم له لانه لما اضاف الى الغنم ولا غنم له علم ان مراده عين الشاة
لا ماليتها ولو اوصى بشاة ولم يضفها الى ماله ولا الى غنمه اختلفوا فيه قيل لا تصح لان
المصحح اضافتها الى المال وبدون الاضافة الى المال يعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل
يصح لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية وعلى هذا يخرج كل نوع
من انواع المال كالبقر والفرس والبغل والثياب وغيرها من الحيوانات وان اوصى بثلث ماله
لامهات اولاده وهن اي امهات اولاده ثلث وهي جملة معترضة بين المعطوف والمعطوف
عليه وللفقراء والمساكين يعني اوصى بان قال اوصيت بثلث مالي لامهات اولادي
وللفقراء والمساكين وامهات اولاده ثلث فلهن اي لامهات اولاده ثلاثة اخماسه
ولكل فريق اي من الفقراء والمساكين خمس يعني يجعل المال على خمسة اسهم ثلاثة منها
لامهات اولاده ولكل من الفقراء والمساكين سهم عند ابح وابي يوسف وعند محمد
ثلاثة اسباعه لامهات اولاده ولكل فريق من الفقراء والمساكين سبعان لان

لان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان كما قال تعالى فان كان له اخوة فلامه
السدس فكان من كل طائفة من الفقراء والمساكين اثنان وامهات الاولاد ثلاث
فكان المجموع سبعة فتقسم اسباعا ولهما ان الجمع المحلى باللام يراد به الجنس
وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل
فريق واحد وامهات الاولاد ثلاث فكان المجموع خمسة وكذا تصح الوصية لمكاتبه
ومدبره واما لعبده القن وامته القنة ففيه اختلاف قال في قاضيخان ولو اوصى لعبده
القن او لامته القنة ثم مات جازت الوصية للقن بعتق ثلثه مجانا ويجب عليه ثلثا
قيمته وله ثلث ماله من سائر التركة ويتقاصان ويترادان الفضل وعند صاحبيه
يعتق العبد كله تصرف الوصية اولا الى العتق فان فضل من الثلث شيء كان الفضل
للعبد انتهى وان اوصى بثلث ماله لزيد وللفقراء فله نصفه ولهم نصفه عند
ابح وابي يوسف وعند محمد له اي لزيد ثلثه ولهم ثلثاه وقد ذكرنا وجه كل من الطرفين
في المسئلة المتقدمة وان اوصى بمائة لزيد ومائة لعمرو ثم قال لبكر اشركتك معهما
فله اي لبكر ثلث ما لكل من زيد وعمرو ولو اوصى بمائة لزيد وخمسين لعمرو ثم قال
لبكر اشركتك معهما فلبكر نصف ما لكل منهما لان الشركة تقتضي المساواة لغة
ولهذا حمل قوله تعالى فهم شركاء في الثلث على المساواة بين الكل وقد امكن ذلك
في المسئلة الاولى لاستواء المالين فيأخذ بكر من كل واحد منهما ثلث المائة فتم
له ثلث المائتين ويأخذ كل واحد منهما ثلثي المائة ولا يمكن المساواة بين الكل
في المسئلة الثانية لتفاوت المالين فحملناه على مساواة الثالث مع كل واحد منهما
بما يأتله فيأخذ النصف من كل واحد من المالين ولو اوصى لرجل بجارية ولآخر بجارية
اخرى ثم قال لآخر اشركتك معهما فان كانت قيمة الجاريتين متفاوتة وكان له
نصف كل واحدة منهما بالاجماع وان كان قيمتهما على السواء فله ثلث كل واحدة منهما
عندهما وعند ابح له نصف كل واحدة منهما بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق فيكون
كجنسين مختلفين وهما يريانها فصار كالدراهم المتساوية وان قال في مرضه لفلان

على دين فصدقوه فانه اى لفلان يصدق الى الثلث اى فى الاستحسان وفى القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لا يحكم به الا بالبيان من المقر ولا بيان وقوله فصدقوه لا يصلح بيانا لانه صدر مخالفا للشرع لان المدعى لا يصدق الا بحجة فيتعذر جعله اقرارا من كل وجه فلا يعتبر فصار نظير من قال كل من ادعى على شيئا فاعطوه فانه باطل لكونه مخالفا للشرع الا ان يقول ان راى الوصى ان يعطيه فحينئذ يجوز من الثلث وجه الاستحسان انا نعلم ان قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق دون مقداره فيسعى فى تفريغ ذمته فيجعله وصية ونجعل التقدير فيها الى الموصى له فيصدق الى الثلث دون الزايد على الثلث هذا ولو قال فى مرضه لفلان على دين وهو صادق فى دعواه قال فى البزازية لا رواية فيه عن اصحابنا وينبغى ان يكون الجواب كما قال ابو القاسم من انه ان لم يسبق من فلان دعوى شئ معلوم لا يلزم بهذا القول شئ وان سبق دعوى شئ معلوم فهو ثابت فان اوصى مع ذلك اى مع قوله لفلان على دين فصدقوه بوصايا عزل ثلث لها اى لاصحاب الوصايا وثلثان للورثة لان الوصايا حقوق معلومة فى الثلث وكذا الميراث حق معلوم فى الثلثين بعد عزل الثلث وما اقر به لفلان من الدين ليس بمعلوم فلا يزاحم المعلوم فقدمنا عزل المعلوم على المجهول ثم يؤمر كل من اصحاب الوصايا والورثة بتصديق المقر له واليه اشار بقوله ويقال لكل اى لكل من اصحاب الوصايا والورثة صدقوه اى المقر له فيما شئتم فيؤخذ اصحاب الوصايا بثلث ما اقروا به اى يؤمر اصحاب الوصايا بدفع ثلث ما اقروا به للمقر له فيسلم ما بقى من الثلث لهم والورثة اى ويؤخذ الورثة بثلثى ما اقروا به لان اقرار كل فريق ياخذ فى حق نفسه فيلزمه بحصته واستشكل صاحب الزيلعى ههنا فانظر اليه ويحلف كل من اصحاب الوصايا والورثة على العلم بدعوى الزيادة على ما اقروا به يعنى ان ادعى المقر له اكثر مما اقر به كل من اصحاب الوصايا والورثة

والورثة يحلف كل منهم على العلم لانه تحليف على فعل الغير وان اوصى بعين لوارثه ولاجنبى فللاجنبى نصفها ولا شئ للوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح فى الاول وبطل فى الثانى بخلاف ما لو اوصى لحى وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحى والوارث من اهلها حتى صح لهم باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبى بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبى حيث لا يصح للاجنبى ايضا لان الوصية انشاء تصرف وهو تمليك مبتدأ لهما والشركة يثبت حكما للتمليك فيصح فى حق من يستحقه دون الاخر لان بطلان التمليك لاحدهما لا يوجب بطلان التمليك من الاخر واما الاقرار فاخبار عن كائن وقد اخبر بوصف الشركة فى الماضى ولا وجه فى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات هذا الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا وفى الزيلعى نقلا عن النهاية هذا اذا تصادقا اما اذا انكر الاجنبى شركة الوارث او انكر الوارث شركة الاجنبى فانه يصح اقراره فى حصة الاجنبى عند محمد وعندهما يبطل فى حق الكل وهكذا فى اقرار الجمع ايضا وان اوصى لكل من ثلاثة بثوب وهى متفاوتة اى اوصى لثلاثة انفس بثلاثة ثياب متفاوتة جيد ووسط وردى يخرج من ثلث ماله واوصى بكل ثوب منها لرجل بعينه ثم مات الموصى فضاع ثوب ولم يدر ايها هو اى الضايع والورثة تقول لكل من الموصى له هلك حقك او تقول هلك حق احدكم ولم ادر من هو فلا ادفع اليكم شيئا بطلت الوصية لان الموصى له مجهول وجهالته يمنع صحة الوصية لانه هو المستحق لها كما لو اوصى لاحد هذين الرجلين فان سلموا اى الورثة الى الموصى له ما بقى من الثياب بعد الهلاك فلذى الجيد ثلثا جيدها ولذى الردى ثلثا رديها ولذى الوسط ثلث كل منهما اى من الجيد والردى يعنى ان سلموا الورثة ما بقى بعد الهلاك تصح الوصية لانها كانت صحيحة فى الاصل وانما بطلت بجهالة طارية مانعة عن التسليم والتسلم

فانا سلموا الباقي وهو الاثنان من الثياب زال المانع فعادت صحيحة كما كانت فيقسم الباقي
بينهم بحيث يصيب كل واحد منهم ثلثا الباقي لان الاثنين اذا قسم على ثلاثة اصاب
كل واحد منهما الثلثين تعين حق صاحب الجيد في الجيد اذ لا حق له في الردي بيقين
ويحتمل ان يكون حقه في الجيد من الباقي بان يكون الجيد من الباقي هو الجيد الاصلي ويحتمل
ان يكون حقه في الضايع بان يكون الضايع هو الاجود فكان تنفيذ وصيته في محل
يحتمل ان يكون حقه وهو الجيد اولى وانما تعين حق صاحب الردي في الردي اذ لا حق له
في الجيد بيقين ويحتمل ان يكون حقه في الردي من الباقي بان يكون الباقي هو الردي الاصلي
ويحتمل ان يكون حقه في الضايع بان يكون الضايع هو الاردا فكان تنفيذ وصيته في
محل يحتمل ان يكون حقه وهو الردي اولى وانما تعين حق ذي الوسط في ثلث كل من
الثوبين لان صاحب الجيد لما اخذ ثلثي الجيد وصاحب الردي ثلثي الردي لم يبق الا
ثلث كل واحد منهما وقد تعين حقه في ذلك ضرورة وان اوصى ببيت معين
من دار مشتركة بين اثنين ثم مات الموصي قسمت الدار فان خرج ذلك البيت
في نصيب الموصي فهو اي ذلك البيت الموصى به للموصى له عند ابي ح وابي يوسف
وعند محمد له اي للموصى له نصفه اي نصف البيت وان خرج في نصيب الموصي والا
اي وان لم يخرج في نصيب الموصي بل خرج في نصيب الشريك الاخر فله اي فللموصى له
قدر زرعه اي ذرع البيت عندهما وعند محمد قدر نصف زرعه له انه اوصى
بملكه وملك غيره لان الدار كلها مشتركة بينهما فينفذ في ملكه ويتوقف الباقي على
اجازة صاحبه ثم اذا ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية
السابقة كما اذا اوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا اصابه ذلك البيت في القسمة
كان للموصى له نصفه لانه عين الموصى به وان وقع في نصيب شريكه كان للموصى له مثل
نصف ذلك البيت لانه يجب تنفيذها في البدل عند تعذر تنفيذها في عين الموصى به
كالجارية الموصى بها اذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد
الموصى به حيث لا يتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما

على ما تقدم في مسائل الرجوع عن الوصية ولا تبطل بالقسمة ولهما انه اوصى بما تستقر
ملكه فيه بالقسمة لانه يقصد الايصاء بما يمكن الانتفاع به على الكمال ظاهرا وذلك
يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع
في نصيبه فتنفذ الوصية فيه وان وقع في نصيب شريكه ينفذ في قدر زرعان البيت
جميعه من الذي وقع في نصيب الموصي لانه عوضه والاقرار كالوصية اي الاقرار ببيت
من دار مشتركة مثل الوصية به حتى يؤمر بتسليم كله ان وقع البيت في نصيب المقر
عندهما والا وقع في نصيب الاخر يؤمر بتسليم مثله وعند محمد يؤمر بتسليم النصف
او قدر النصف كما في الوصية وقيل محمد معهما في الاقرار والفرق له على هذه الرواية
ان الاقرار بملك الغير للغير صحيح حتى ان من اقر بملك الغير للغير ثم ملكه في يوم من الايام
يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير باطلة حتى لو ملكه بوجه ثم مات
لا ينفذ فيه الوصية والى هذه الرواية اشار بقوله وقيل لا خلاف فيه لمحمد ورجحه
فقال وهو المختار للفتوى لما بيناه من الفرق وان اوصى بالف عين اي الف درهم
بعينها من مال غيره فلربها اي لرب الالف الاجازة للوصية بعد موت الموصي وله
اي لرب الالف المنع بعد الاجازة لانه تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازة صاحبه
فاذا اجاز كان منه هذا ابتداء تبرع فله ان يمتنع من التسليم كسائر المتبرعات
بخلاف الورثة لو اجازوا ما زاد على الثلث من وصية المورث حيث لا يكون لهم ان
يمتنعوا من التسليم بعد الاجازة لان الوصية في نفسها صحيحة لمصادفتها ملكه
وانما تمتنع لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فتنفذ من جهة الموصي فليس لهم
الرجوع وكذا اوصى للقاتل والوارث فاجازها الورثة فلا رجوع لهم بعده لما
ذكرناه وان اقر احد الابنين بعد القسمة اي قسمة تركة ابيهما بوصية ابيه بالثلث
فعليه دفع ثلث نصيبه الى المقر له بالوصية وهذا استحسان والقياس ان يعطيه
نصف نصيبه وهو قول زفر لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته
اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف فصار كما اذا اقر احدهما باخ

ثالث لها وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شايع في جميع التركة وهي في ايديهما فيكون
مقرا له بثلث ما في يده وبثلث ما في يد اخيه فيقبل اقراره في حق نفسه لولايته على نفسه
ولا يقبل في حق اخيه لعدم الولاية عليه فيعطيه ثلث ما في يده وان اوصى بامة فولدت
بعد موته فهما اى الامة وولدها للموصى له ان خرجا من الثلث لان الام دخلت
في الوصية اصالة والولد تبعا حتى كان متصلا بها فاذا ولدت قبل القسمة فالتركة
مبقاة على ملك الميت قبلها حتى يقضى بها دينه وتنفذ منه وصاياه دخل الولد
في الوصية فيكونان للموصى له ان خرجا من الثلث والا اى وان لم يخرجا من الثلث
اخذ الثلث منها اى من الام ثم منه اى من الولد هذا عند ابح وعندهما اخذ الثلث
منهما على السواء هذا اذا ولدت قبل القسمة وقبل قبول الموصى له ولو ولدت بعد
القسمة وبعد قبول الموصى له فالولد للموصى له لانه نماء ملكه لان التركة بالقسمة خرجت
عن حكم ملك الميت فحدثت الزيادة في خالص ملك الموصى له ولو ولدت بعد القبول
وقبل القسمة ذكر القدوري انه لا يكون موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان
للموصى له من جميع المال كما لو ولدت بعد القسمة ومشايخنا قالوا يصير موصى به حتى
يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له كما لو ولدت قبل القبول ولو ولدت قبل
موت الموصي لم يدخل في الوصية فيكون لورثته كيف ما كان والكسب كالولد في
جميع ما ذكرنا كذا في الزيلعي **باب العتق في المرض** العبرة لحال التصرف
في التصرف المنجز اى ما لا يضاف الى الموت بل اوجب في الحال بطريق الانشاء كقوله
اعتقت او وهبت وغيرهما مما فيه معنى التبرع فان كان ذلك التصرف في الصحة فمن
كل المال حتى لو قال في الصحة اعتقت عبدى هذا يعتق من كل ماله وان في مرض الموت
فمن ثلثه بخلاف الاقرار بالدين فانه ينفذ من كل ماله ولو اقر في مرضه لانه ليس بانشاء
ولذا قلنا بطريق الانشاء وكذا النكاح في مرض الموت بمهر المثل ينفذ من كل المال كذا
في المنح والمضاف الى الموت اى التصرف المضاف الى الموت كانت حر بعد موتي او هذا
لزيد بعد موتي من الثلث اى يعتبر من الثلث وان وصلية كان في الصحة لانه وصية

وصية فيعتبر من الثلث ومرض صح منه كالصحة لان حق الورثة والغرماء لا يتعلق
بماله الا في مرض موته وبالبرء يتبين انه ليس بمرض الموت فلا حق لاحد في ماله فالتحرير
في مرض الموت وهو ظاهر والمحاباة صورتها ان يبيع المريض ما يساوي مائة بخمسين
او يشتري ما يساوي خمسين بمائة فالزايد على قيمة المثل في الشراء والناقص عنها
في البيع محاباة حكمها حكم الوصية والكفالة بالمال والهبة وهو ايضا ظاهر وصية
اى حكم هذه التصرفات حكم الوصية في اعتباره اى اعتبار كل من هذه التصرفات
من الثلث يعني انها في حكم الوصية في كونها معتبرة من الثلث لا حقيقة الوصية لان
الوصية ايجاب بعد الموت وهذه التصرفات منجزة في الحال وان اعتق وحابا اى فعلهما
وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى ان قدمت على العتق بان حابا اولا ثم اعتق
وهما اى المحاباة والعتق سواء ان اخرت المحاباة صورة المحاباة ثم الاعتاق
ما اذا باع المريض عبدا قيمته مائتان بمائة ثم اعتق عبدا قيمته مائة ولا مال له
سواهما انصرف الثلث الى المحاباة ويسعى العبد في كل قيمته وصورة الاعتاق ثم
المحاباة اعتق العبد الذي قيمته مائة ثم باع العبد الذي قيمته مائتان بمائة فانه
يقسم الثلث وهو المائة بينهما نصفين فالعبد المعتق يعتق نصفه محاباة
ويسعى في نصف قيمته وصاحب المحاباة ياخذ العبد الاخر بمائة وخمسين وان اعتق
بين محاباتين بان حابا عبدا ثم اعتق عبدا اخر ثم حابا عبدا اخر قسم الثلث
بين المحاباتين نصفين لتساويهما فنصف من الثلث للاولى من المحاباتين
ونصف اخر من الثلث بين العتق والاخيرة من المحاباتين وان حابا بين عتقين
بان اعتق ثم حابا ثم اعتق فنصف من الثلث للمحاباة ونصف اخر من الثلث
للعتقين هذا كله من قوله وان اعتق وحابا الى هنا عند ابح وعندهما العتق
اولى في الجميع اى الصور الاربع لهما ان العتق اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة
يلحقها الفسخ ولا معتبر في التقديم بالذكر لانه لا يوجب التقديم في الثبوت وله
ان المحاباة اقوى لانها تثبت في ضمن عقد المعاوضة فكانت تبرعا في معنى عقد

المعاوضة لا بصيغتها والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجد المحاباة اولا دفعت
الاضعف واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة
للمحاباة فانه اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم بطلت الوصية
عند ابي ح وعندهما يعتق بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن
كما في صورة الحج ولابي ح انه وصية بعبد يشترى بمائة من ماله وتنفيذها فيما يشترى
باقل منها تنفيذ في غير الموصى به وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة فينفذ
باي وجه كان ولو كان مكان العتق حج حج بما بقي بعد الهلاك اجماعا لما ذكرناه وتبطل الوصية
بعتق عبده لو جنى العبد بعد موت سيده فدفع العبد الى ولي الجناية بها اي بسبب
الجناية لان الدفع قد صح لان حق الجناية مقدم على حق الموصى فكذا على حق الموصى له وهو
العبد نفسه لانه يتلقى الملك من جهة الموصى وملك الموصى باق الى ان يدفع وبه يزول
ملكه فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية وان فدى اي فدا الورثة فلا تبطل الوصية
لان الفداء كان في مالهم ولو اوصى لزيد بثلث ماله وترك عبدا فادعى زيد عتقه في الصحة
والوارث عتقه في المرض فالقول للوارث ولا شيء لزيد الا ان يفضل الثلث عن قيمته
او يبرهن زيد على دعواه وهو ان العتق كان في الصحة وهذا لان الموصى له يدعى
استحقاق ثلث ماله سوى العبد لان العتق في الصحة ليس بوصية فينفذ من جميع
المال والوارث ينكر ذلك لان العتق في المرض وصية وهو مقدم على غيره من الوصايا
فذهب الثلث بالعتق وبطل حق الموصى له بالثلث فكان منكرا لاستحقاق
الموصى له والقول قول المنكر مع يمينه ثم اذا فضل شيء من الثلث عن قيمة العبد سلم
للموصى له ذلك الفضل وان برهن على دعواه يكون له ثلث جميع المال سوى العبد
ولو ادعى رجل على الميت دينا او ادعى العبد اعتاقه في صحته اي صحة الميت ولا مال
له غير ذلك العبد وصدقهما اي الداين والعبد الوارث يسعى العبد في قيمته وتدفع
اي تلك القيمة الى الغريم عند ابي ح وعندهما لا يسعى في شيء لان الدين والعتق ظهرا
في الصحة بتصديق الوارث في كلام واحد فصار كانهما وجدا معا وثبت ذلك

مطلب
حكم اجتماع الوصايا وضاق الثلث

ذلك بالبينة والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين ولابي ح ان الاقرار
بالدين اقوى من الاقرار بالعتق ولهذا يعتبر اقراره بالدين من جميع ماله وبالعتق
من الثلث والاقوى يدفع الادنى فصار كاقرار الموروث نفسه بان ادعى عليه رجل دينا وادعى
عبده عتقا في الصحة فقال في مرضه صدقتما فانه يعتق العبد ويسعى في قيمته فكذا
هذا وقضيته دفع الاقوى ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان
فابطلناه من حيث المعنى بايجاب السعاية عليه قال في الزيلعي وعلى هذا الخلاف ما اذا
مات فترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دينا وقال الاخر هذا الالف
لي كان عنده وديعة فعند ابي ح الوديعة اولى وعندهما سواء كذا في الهداية وقال
في النهاية ذكر فخر الاسلام والكاشاني فقال لو ترك الفا وهذا يدعي دينا وذلك قال
هو مودعي والابن قد صدق هذين معا استويا ووجه قول من يقدم الوديعة ان الوديعة
تثبت في عين الالف والدين يثبت في الذمة اولا ثم ينتقل الى العين فكانت الوديعة
اسبق فكان صاحبها احق ووجه قول من سوى بينهما ان الوديعة لم تظهر الا
مع الدين فيستويان وان اجتمعت الوصايا بعضها واجب كالحج والزكاة والكفارات
وبعضها نفل وضاق الثلث عنها اي عن الوصايا قدمت الفرائض لانها اهم من
النافلة قال في قاضيخان رجل اوصى بان يعطى مائة درهم للفقراء ومائة درهم للاقرباء
وان يطعم الفقراء لما ترك من الصلوات الخمس فمات وعليه صلوات شهر وثلث ماله
لا يبلغ جميع وصيته قال ابو بكر محمد بن الفضل يقسم الثلث على مائة للفقراء وعلى مائة
للاقرباء وعلى قيمة ما يبلغ من قيمة الطعام لكل صلوة منوين من الحنطة فما اصاب
الاقرباء اعطوا من ذلك وما اصاب الفقراء والطعام ادى الطعام اولا ويجعل النقصان
في حصة الفقراء انتهى فقدم الطعام على الفقراء لانه اهم وان وصلية اخرها الموصى
فان تساوت في الفرضية بان كانت كلها فريضة او غيرها كلها نافلة قدم ما قدمه
لان الظاهر ان الانسان يبدأ بالاهم وقيل تقدم الزكاة على الحج وهو احدى الروايتين
عن ابي يوسف وقيل بالعكس وهو الرواية الاخرى عن ابي يوسف وهو قول محمد ويقدم الحج

والزكاة على الكفارات في القتل والظهار واليمين ويقدم الكفارات على صدقة الفطر وصدقة
الفطر على الاضحية. وان اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده راكبا لان الواجب
عليه ان يحج من بلده فكذا يجب عليه بالاحجاج كما وجب عليه لان الوصية لاداء الواجب عليه وانما
بشرط ان يكون راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فوجب عليه الاحجاج على ذلك الوجه اذ وفت
النفقة والا اي وان لم يف النفقة فمن حيث تفي والقياس ان لا يحج عنه اذا لم تف النفقة
لانه اوصى بالحج على صفة وقد عدمت تلك الصفة فيه وجه الاستحسان ان مقصوده تنفيذ
الوصية فيجب تنفيذها ما امكن ولا يمكن على هذا الوجه فيؤتى به على وجه يمكن وهو اولى
من ابطاله وان خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى ان يحج عنه حج عنه من بلده
عند ابي ح وعندهما من حيث مات استحسانا لان سفره بنية الحج وقع قربة وسقط
فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره على الله تعالى لقوله تعالى ومن يخرج من بيته
مهاجرا الى الله ورسوله الآية ولم ينقطع سفره بموته بل يكتب له حج مبرور فيبدأ من
ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج من بيته للتجارة لان سفره لم يقع قربة فيحج عنه من بلده
ولابي ح ان الوصية ينصرف الى الحج من بلده لانه الواجب عليه كما تقدم وعمله قد انقطع بالموت
والمراد بالمتلو في حق احكام الآخرة من الثواب وهذا الخلاف فيمن له وطن واما من لا وطن
له فيحج عنه من حيث مات بالاجماع لانه لو حج بنفسه انما كان يحج من حيث هو وكذا اذا
حج عن غيره وعلى هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق حيث يحج عنه ثانيا
من وطنه عند ابي ح وعندهما من حيث مات وقد تقدم تفصيله في كتاب الحج **باب**
الوصية للاقارب وغيرهم جار الانسان ملاصقه فلو اوصى لجيرانه فهم الملاصقون
بداره فتصرف الوصية اليهم وهذا عند ابي ح وعندهما من يسكن محلته ويجمعهم
مسجدها اي مسجد محلته وهذا استحسان وجهه ان كل من يسكن محلته ويجمع مسجدها
يسمون جيرانا عرفا وشرعا قال صلى الله عليه وسلم لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد
ففسر بكل من يسمع النداء ولان المقصود بالوصية للجيران ان يبرهم ويحسن اليهم
واستحبابا يعم الملاصقين وغيرهم الا انه لا بد من الاختلاط لتحقق معنى الاسم والاختلاط

مطلب
اوصى بحج يلزم راكبا

مطلب
مات في طريق الحج فاوصى بحج هل يحج من بلده او من حيث مات

والاختلاط عند اتحاد المسجد ولهذا شرط اتحاد المسجد ولابي ح وهو القياس ان اسم الجار
مأخوذ من المجاورة وهي الملاصقة ولهذا لا يستحق الشفعة غير الملاصق بالجوار
ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع صرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق ولهذا لا تدخل فيه جار
المحلة ولا جار الاراضي وجار القرية فوجب صرفه الى اخص الخصوص وهو الملاصق ويستوي فيه
الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناول الكل ويدخل
فيه العبد الساكن عنده لاطلاق الاسم ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه
وهو ليس بجار وتدخل فيه الارملة لان سكناها يضاف اليها ولا تدخل التي لها بعل لان
سكناها غير مضاف اليها وانما هي تبع فلم يكن جارا حقيقة كما في الزيلعي وقال في العناية
قال محمد في الزيادات وينبغي على قياس ابي ح انه يدخل السكان تحت الوصية من الجيران
الملاصقين وان كانوا لا يملكون المسكن ومن كان مالكا ولم يكن ساكنا لا يدخل قال
ابو بكر بن شاهويه هذه كذخدائية من محمد في مذهب ابي ح وليس كذلك فانه بنى هذا
الحكم على استحقاق الشفعة وهو للملاك واقول ينبغي على قول محمد ان لا يدخل الذمي
لان المسجد لا يضمه الا اذا اريد باتحاد المسجد سماع الاذان انتهى وقال في قاضيخان رجل
اوصى بثلث ماله لجيرانه قال بعضهم ان كانوا يحصون تقسم الوصية على اغنيائهم
وفقرائهم وكذا لو قال لاهل مسجد كذا ولو اوصى لمجاوري مكة شرفها الله تع قال
ابو نصر الوصية جائزة فان كانوا لا يحصون تصرف لاهل الحاجة منهم وان كانوا
يحصون قسمت على رؤسهم انتهى فظهر منه ان الجيران ان لم يحصوا كانت
الوصية باطلة لان لفظ الجيران ليس يشعر بالحاجة حتى تصرف الوصية الى فقرائهم
ولم يمكن تصحيحه بطريق التمليك للكل للجهالة الفاحشة ولم يذكر المص في الوصية
للجيران الاحصاء لان الملاصق ومن يسكن محلته ويجمعهم مسجدها على المذهبين
يكونون يحصون غالبا وصهره من هو ذو رحم محرم من امرأته يعني اوصى لصهره
يدخل فيه ذو رحم محرم من امرأته هذا التفسير اختيار محمد وابي عبيدة وفي الصحاح
الاصهار اهل بيت المرأة ولم يقيده بالمحرم ويؤيد تفسير محمد ما روي انه صلى الله عليه
وسلم

لما تزوج صفية رضي الله عنها اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما
لها وكانوا يسمون اصهار النبي صلى الله عليه وسلم وهكذا ذكره في الهداية وقال
وكذا يدخل في الصهر كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة كل
ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار ولو مات الموصي والمراة في نكاحه او في عدته من
طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية وان كانت في عدة طلاق باين لا يستحقها
مطلقا لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو الشرط وقت الموت انتهى والختن
بفتحتين جمعه اختان من هو زوج ذات رحم محرم منه اي من الموصي كازواج
البنات والاخوات والعمات والخالات قال في المصباح نقلا عن الجوهري والختن
بفتحتين عند العرب كل من كان من قبل المراة كالاب والاخ وختن الرجل عند العامة
زوج ابنته انتهى فتفسير المص على عرف العامة يستوي في ذلك اي في الختن
الحر والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل واقاربه واقرباؤه وذو
قرابته وارحامه وذووا رحامه وانسابه اي لو اوصى لواحد مما ذكر يراد به
الاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه اي من الموصي ولا يدخل فيه الوالدان
الاب والام والولد ذكرا او انثى وفي الجد روايتان وكذا في الجدة روايتان ففي
ظاهر الرواية يدخلان وكذا الحال في ولد الولد على ما في الزيلعي اما عدم دخول
الوالدان لانهم لا يسمون اقرباء عادة ومن سمى والده او ولده قريبا كان منه
عقوقا اذ القريب في عرف اللغة من يتقرب الى غيره بواسطة غيره والوالد
والولد يقربان بنفسهما بلا واسطة وان لم يكن له اي للموصي ذو رحم
محرم بطلت الوصية وتكون تلك الوصية للاثنين فصاعدا لان الوصية
اخت الميراث وفي الميراث يراد بالجمع ما فوق الواحد فكذا في الوصية وللذكور
في هذه الوصية لفظ الجمع فيراد به المثنى هذا كله عند ابح وعندهما هذه
الوصية لكل من ينسب الى اقصى اب له اي من ينسب الى الموصي من قبل الاب
او من قبل الام الى اقصى اب له في الاسلام بان اسلم اقصى الاب او ادرك الاسلام

الاسلام وان وصلية لم يسلم اختلف في اشتراط اسلام اقصى الاب
قيل انه شرط وقيل لا بل الشرط ادراكه الاسلام وان لم يسلم وثمرة الخلاف
تظهر فيما لو اوصى احد من اولاد علي رضي الله عنه لاقربائه فمن شرط الاسلام
صرفه الى اولاد علي رضي الله عنه لاسلامه لا الى اولاد ابي طالب لعدم اسلامه
ومن اكتفى بادراكه الاسلام صرفها الى اولاد ابي طالب لادراكه الاسلام
فيدخل فيه اولاد عقيل وجعفر ولا يدخل اولاد عبد المطلب بالاجماع لانه
لم يدرك الاسلام لهما ان اسم القريب يتناول الكل لانه مشتق من القرابة
فيكون اسما لكل من قامت القرابة به فيتناول مواضع الخلاف ولابح
ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب فكذا في اخته
لان الاخت لا يخالف الاخ في الاحكام قالوا ويستوي فيه الحر والعبد والمسلم
والكافر والصغير والكبير والذكر والانثى على المذهبين مذهب ابح ومذهب
صاحبيه وانما تكون للاثنين فصاعدا عند ابح لان المذكور فيه بلفظ
الجمع وفي الميراث يراد بالجمع المثنى فكذا في الوصية لانها اخته وقال الزيلعي
هذا ظاهر في الاقارب ونحوه واما في الانساب فمشكل لانه جمع نسب وفيه
لا يدخل قرابته من جهة الام فكيف دخلوا فيه هنا انتهى فمن له عمان
وخالان الوصية لعميه عند ابح اي لو اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية
لعميه عنده لانه يعتبر الاقرب فالاقرب في الوصية لاقاربه واقربائه كما تقدم
والعمان اقرب من الخالين تقدم وعندهما الكل على السواء يعني يقسم بينهما
ارباعا لان الاسم يتناولهم وهما لا يعتبران الاقرب كما تقدم ومن له عم
وخالان فنصف الوصية لعمه ونصفها بين خاليه عند ابح لان اللفظ جمع
فلا بد من اعتبار معنى الجمع فيه وهو الاثنان في الوصية فيضم الى العم الخالان
فيصير جميعا فياخذ هو النصف لانه اقرب وياخذ الخالان النصف لعدم
من يتقدم عليهما في القرابة وعندهما يقسم اثلاثا بينهم كما تقدم هذا

اذا اوصى لاقاربه او اقربائه بلفظ الجمع بخلاف ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون
جميع الوصية للعم ولا شيء للخال لانه لفظ واحد فيحوز الواحد جميع الوصية
عنده لانه اقرب ولا حاجة الى ضم الخال الى العم لتصحيح معنى الجمع لان اللفظ مفرد
وان كان له اي للموصي فيما اذا اوصى للاقارب او الاقرباء بلفظ الجمع عم فقط
فنصفها له اي للعم لما تقدم انه لا بد من اعتبار معنى الجمع فيه واقله اثنان في الوصية
فيكون لكل منهما نصف فيعطى للعم نصف ويرد النصف الآخر الى الورثة فمن
لا يدخل في الاقارب من الوالدين والولد كما تقدم لعدم من يستحق سوى الورثة
وان كان له عم وعمة وخال وخالة فالوصية للعم والعمة على السواء لان قرابتهما
مستويان ومعنى الجمع تحقق فيهما فاستحقا الوصية جميعا على السواء ولا
شيء للخال والخالة منها لان العم والعمة اقرب ولا حاجة للضم اليهما لوجود
نصاب الجمع مع العم والعمة بدونهما هذا كله عند ابي ح وعندهما الوصية لكل
من العم والعمة والخال والخالة على السوية في جميع ذلك لانهما لم يعتبر
الاقرب فالاقرب بل اعتبرا تناول الاسم كما تقدم واهل الرجل زوجته عند ابي ح
وعندهما من يعولهم ويضمهم نفقته اي من كان في عياله ونفقته غير مماليكه
اعتبارا للعرف قال الله تع فنجيناه واهله الا امرأته والمراد من كان في عياله
ولابي ح ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة قال الله تع اذ قال لاهله اي لامرأته
يقال تأهل اي تزوج وآله اهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب اليها فيدخل
فيه كل من ينسب اليه من ابنه الى اقصى اب له في الاسلام الاقرب والابعد والذكر والانثى
والمسلم والذمي والصغير والكبير سواء ولا يدخل فيه اولاد البنات واولاد الاخوات
ولا احد من قرابة امه كذا في الزيلعي وابوه وجده من اهل بيته فيدخلان في الوصية
للآل واهل نسبه من ينسب اليه من جهة الاب لان النسب يعتبر من الآباء لا من
الامهات وجنسه اهل بيت ابيه لان الانسان يتجنس بابيه فصار كآله ونسبه
والوصية لبني فلان وهو اي والحال يراد به اي بلفظ بني فلان معناه الاضافي اعني

اعني ابن صلب بخلاف ما اذا لم يرد به معناه الاضافي بل يراد به اسم قبيلة
او فخذ فان حكمه سيأتي مصرحا للذكور خاصة عند ابي ح وعندهما وهو رواية عن
الامام يدخل الاناث ايضا لهما ان جمع الذكور يتناول الاناث ايضا وله ان
حقيقة الاسم للذكور وانتظامه الاناث تجوز والاصل في الكلام الحقيقة ولورثة
فلان مثل حظ الانثيين اي كانت الوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لان
الاسم مشتق من الوراثة والوراثة بين اولاده واخوته كذلك فكذلك الوصية
لان التنصيص على المشتق يدل على ترتب الحكم على مأخذ الاشتقاق قال في
الزيلعي شرط هذه الوصية ان يموت الموصى لورثته قبل موت الموصي حتى يعلم
ورثته من هم اما لو مات الموصي قبل موت الموصى لورثته بطلت الوصية ولولد فلان
للذكر والانثى على السواء لان لفظ الولد ينتظم الكل ولا يدخل اولاد الابن عند
وجود اولاد الصلب ويدخلون اي اولاد الابن عند عدمهم اي عدم اولاد
الصلب دون اولاد البنت قال في العناية ومن اوصى لولد فلان ففلان اما ان
يكون ابا خاصا او فخذا فان كان الاول فالوصية تناولت الاولاد الصلبية دون
اولادهم الذكر والانثى عند الانفراد والاختلاط سواء لان اسم الولد يتناول
الصلبي كله انتظاما واحدا بطريق الحقيقة وولد الولد مجاز لا يصار اليه
عند امكان العمل بالحقيقة فان لم يكن له ولد من الصلب يدخل اولاد الابناء
رواية واحدة وفي اولاد البنات روايتان هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي ح
ان الوصية لولد فلان تتناول الولد وولد الولد ايضا فهم ذلك من قوله تعالى
يوصيكم الله في اولادكم قال القدوري والصحيح انهم لا يدخلون وان كان
الثاني يدخلون وان كان الصلبي قائما لان فلانا اذا كان فخذا فبنوه وبناته
لا يخلو عن الاولاد عادة فتكون مرادة فيدخل بخلاف ما اذا كان ابا خاصا فان
بنيه وبناته قد يخلو عن الاولاد فلا يكون مرادة انتهى وان اوصى لبني فلان
وهو اي لفظ بني فلان ابو قبيلة اي اسم قبيلة لا معناه الاضافي اعني ابن صلب

كما تقدم لا يحصون فهي باطلة لانه لا يمكن التمليك والوصية تمليك حتى لو كانوا
يحصون فالوصية صحيحة يدخل فيها الذكر والانثى ومولى العتاقة والموالاة والحاصل
انه اذا اوصى لبني فلان فلا يخلو اما ان يريد مفهومه الاضافي اي ابناء الصلب
او يكون اسم قبيلة لا يحصون او اسم قبيلة يحصون او اسم فخذ فان كان الاول
فحكمه تقدم من قبل وان كان الثاني فهي باطلة وان كان الثالث والرابع فهي صحيحة
يدخل فيه الذكر والانثى ومولى العتاقة والموالاة لان المراد به مجرد الانتساب كبني
آدم كذا في العناية وقال في الدرر الفخذ في العشائر اقل من البطن اولها الشعب ثم القبيلة
ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ وان كانت الوصية لايتامهم اي ايتام بني
فلان او عميانهم او زمناهم او اراملهم فللغني والفقير منهم اي من هؤلاء والذكر
والانثى اي يدخل في الوصية لهؤلاء اغنيائهم وفقرائهم وذكورهم واناثهم
الارامل جمع ارمل وهو الذي لا يقدر على شيء رجلا كان او امرأة من ارمل اذا افتقر
وقيل الارمل في النساء خاصة والمختار عند المص هو الاول حيث قال والذكر والانثى
وهو مختار صاحب الهداية ايضا وهو المروي عن الشعبي ان كانوا يحصون لتحقق
امكان التمليك ح وللفقراء منهم اي من بني فلان خاصة ان كانوا لا يحصون
لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الحاجة ورد الجوعة وهذه الاسامي
يشعر بتحقيق الحاجة فيجوز حمله على الفقراء واختلفوا في تعريف الاحصاء قال
بعضهم هو ان لا يحتاج في الاحصاء الى كتاب وحساب فان احتيج الى ذلك فهم لا يحصون
وهذا هو المروي عن ابي يوسف وقال بعضهم وهو المروي عن محمد اذا كانوا اكثر
من مائة فانهم لا يحصون وقال بعضهم هو مفوض الى رأي القاضي قال في قاضيخان
وعليه الفتوى والايسر ما قال محمد ولو اوصى بشبان بني فلان وهم لا يحصون
او لايامى بني فلان وهم لا يحصون يبطل الوصية وان كانوا يحصون تصح الوصية ويدخل فيه
الغني والفقير وهل يدخل الذكر في الايامى مثل الانثى ففيه اختلاف فقال الكرخي انه
يدخل لان الايم هي التي لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا ويقال رجل ايم ايضا وقال محمد

محمد الايم هي الثيب من النساء خاصة قال في العناية وانما بطلت الوصية في الشبان
والايامى عند عدم الاحصاء لانه ليس في اللفظ ما يدل على الحاجة والفقر حتى تصرف
الوصية الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة الفاحشة بسبب
عدم الاحصاء فبطلت انتهى ولمواليه اي لو اوصى لمواليه فان كان له المولى الاعلى
والاسفل فالوصية باطلة على ما سيصرح به وان لم يكن له المولى الاعلى بل له المولى
الاسفل فالوصية جائزة فهي اي هذه الوصية لمن اعتقهم اي اعتقهم الموصى
وهم المولى الاسفل في الصحة او في المرض لتناول اللفظ اياهم ولا يدخل فيها
مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت لان المتوقف على الشيء
لا بالعلية يعقبه وجود الوصية تضاف الى حالة الموت لانها اخت الميراث والميراث
كذلك فلا بد من تحقق اسم المولى قبل الموت ولم يوجد فيهما وعن ابي يوسف
انهم يدخلون لان سبب استحقاق الولاء وهو التدبير والاستيلاد ثابت قالوا
والاصح هو الاول لانهم لا ينتسبون اليه بالولاء بنفس الاستحقاق بل بالاحياء
الحاصل بالعتق وذلك انما يكون بعد الموت ويدخل فيها بالاجماع عبد قال له مولاه
ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه فيتحقق
فيه اسم المولى قبيل الموت كذا في الهداية ولاولادهم اي اولاد من اعتقهم الموصى
لان نسبتهم اليه بالولاء للمعتق الذي باشر في ابائهم والفروع اجزاء الاصول
فكان اطلاق المولى حقيقة فيهم كما في اصولهم ولهذا لا يصح نفي اسم الموالى
عنهم كذا في العناية ولا يدخل في الوصية لمواليه مولى الموالاة وهو شخص مجهول النسب
قال لآخر انت مولاي ترثني اذا مت وتعقل عني اذا جنيت وقال الآخر قبلت وعن
ابي يوسف انهم يدخلون ايضا في هذه الوصية والكل شركاء لان الاسم يتناولهم
على السواء وقال محمد ان جهة الولاء مختلفة لانها في المعتق الانعام وفي موالي
الموالاة عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق كذا في الهداية ولا موالي
الموالي لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه واولاد مواليه لانهم ينتسبون

اليه بالعتاق وجد منه لان اضافة المسوق في لفظة مواليه تفيد اختصاص معناه الى
المضاف اليه باعتبار مفهوم مثلا مكتوب زيد ما يختص به باعتبار مكتوبيته الا
عند عدمهم اي عدم مواليه الحقيقية وهي الموالي بولاء العتاقة فان الموالي حقيقة هم
الذين وقع عليهم العتق وموالي الموالي ينسب اليه مجازا فلا يتناولهم الاسم الا عند عدم
الموالي الحقيقية لان المجاز لا يصار اليه الا عند تعذر الحقيقة فلو كان له معتق واحد
وموالي موالاة او موالي الموالي فالوصية نصفها للمعتق واحد ونصفها للورثة لان
اسم الجمع يتناول الاثنين فصاعدا فيستحق الواحد النصف ويسقط مولى الموالاة
ومولى الموالي لتعذر العمل بالحقيقة والمجاز فيصرف الى الورثة وتبطل الوصية لمواليه
ان كان له اي للموصي لمواليه معتقون على صيغة اسم الفاعل ومعتقون على صيغة
المفعول اي لو اوصى لموالي فلان ولفلان موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة
وقال الشافعي في رواية عنه ان الوصية لهم جميعا وفي رواية اخرى عنه ان الوصية توقف
حتى يصالحوا لان الاسم يتناولهم جميعا لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة
في التناول على بني الاعيان وبني العلات وبني الاخياف ولنا ان جهة الولاية مختلفة
لان المولى الاعلى مولى النعمة فهم المنعمون والاسفل منعم عليهم فصار مشتركا
لفظيا فلا ينتظمهما معا في موضع الاثبات بخلاف موضع النفي بان حلف لا يكلم موالي
فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي فيعم هكذا ذكره بعض مشايخنا
وهو اختيار شمس الائمة وعامة اصحابنا على انه لا عموم للمشترك اصلا لا في النفي ولا
في الاثبات واجابوا عن مسئلة الحلف بان ترك الكلام مع الموالي مطلقا ليس لوقوعه
في سياق النفي بل لان الحامل على اليمين بغضه وهو غير مختلف فيصير بذلك
المعنى كالشيء الواحد فان قيل سلمنا ان لفظ الموالي مشترك بين الاعلى والاسفل
لكن حكمه التوقف لا البطلان فكيف يصح الحكم ببطلانه اجيب بان الكلام فيما اذا
مات الموصي قبل البيان والتوقف في مثله لا يفيد ومن هنا قال في الدرر والتنوير
ان هذه الوصية باطلة الا ان يبين في حياته يعني وجب الوقف في حياته حتى يقوم

يقوم منه البيان فان بين قبل موته فبها والا بطلت

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

لما فرغ من احكام الوصايا المتعلقة بالاعيان شرع في بيان
احكام الوصايا المتعلقة بالمنافع تصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره
لان المنافع تصح تمليكها في حال الحياة ببدل وبدونه فكذا بعد الممات لحاجته كما
في الاعيان ويكون محبوسا في ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملك الموصي
كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز موقتا
ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث فانه خلافة فيما
يتملكه المورث وهو في عين تبقى والمنفعة عرض لا تبقى حتى ان الموصى له بالخدمة
اذا مات لا تورث كذا في الدرر وبغلتهما اي غلة عبده وغلة داره لانها بدل المنفعة
فاخذت حكمها وان خرج ذلك اي رقبة العبد والدار من الثلث سلم ذلك اي رقبتهما
الى الموصى له لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة بعد ان خرج من الثلث
والا اي وان لم يخرج ذلك من الثلث قسمت الدار يعني لو اوصى بسكنى داره
ولم يخرج الدار من الثلث قسمت الدار اثلاثا للانتفاع بها لانها تقبل القسمة
اجزاء فتنقسم بالاجزاء لان القسمة اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي
المهايأة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان
بالاجزاء يجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول اولى لكونه اعدل وتهايئا اي يقتسمان
مهايأة في العبد يومين لهم ويوما له اي يخدم العبد يومين الورثة ويخدم يوما
للموصى له بخدمته لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية بالعين ولا يمكن
قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهايأة بالضرورة ايفاء للحقين
بخلاف الدار فانها تقبل القسمة بالاجزاء فتنقسم بالاجزاء كما تقدم وقال
في العناية في هذه المسئلة تفصيل وهو انه اذا اوصى بخدمة عبده لشخص فاما ان
قال ابدا او جعل ذلك زمانا فان كان الاول فخرجت رقبة العبد من الثلث او لم
يخرج ولكن اجازت الورثة التسليم اليه سلم اليه ليخدمه وان لم يجزه الورثة

خدم الورثة يومين والموصى له يوما الى ان يموت العبد وان كان الثانى فاما ان عين
السنة مثل ان يقول سنة ست وستين او سبعمائة او لم يعين فان عين ومضت
تلك المدة قبل موت الموصى بطلت الوصية وان مات الموصى بعد مضى بعض من تلك
السنة او مات قبل مضيها فان كان العبد يخرج من الثلث او اجازه الورثة فانه
يسلم العبد الى الموصى له حتى يستوفى وصيته وان كان لا يخرج ولم يجز الورثة يخدم
الموصى له يوما والورثة يومين حتى يمضى السنة التى عينها ثم يسلم الى الورثة وان لم
يعين فان كان العبد يخرج من الثلث او لا يخرج واجازت الورثة يسلم العبد الى
الموصى له يستخدم سنة كاملة ثم ترده الى الورثة وان لم يخرج ولم يجزه
الورثة يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى ثلاث سنين ثم يرده الى الورثة
وهذا الحكم على خلاف ما اوصى بغلة عبده سنة فان له ثلث غلة تلك السنة انتهى
وقال فى قاضيخان رجل وصى للمساكين بنزل كرمه ثلاث سنين فمات فلم يحمل
كرمه ثلاث سنين شيئا قال نصير تبطل وصيته وقال محمد بن سلمة لا تبطل وقال
الفقيه ابو الليث قول محمد بن سلمة يوافق قول اصحابنا فانهم قالوا فيمن اوصى
بخدمة عبده سنة لفلان وفلان هذا غائب فان العبد يخدم سنة بعد رجوعه
ولو اوصى لفلان بخدمة عبده هذه السنة فقدم فلان بعد هذه السنة بطلت
وصيته وكذلك الغلة ونزل الكرم انتهى وان مات الموصى له فى حياة الموصى بطلت
الوصية لانها ايجاب عند موت الموصى لا قبله على ما تقدم من قبل فاذا مات الموصى له
قبل وقت الايجاب لم يصح الايجاب كما لا يصح ايجاب البايع للمشترى بعد موته ولو مات
الموصى له بعد موت الموصى يعود العبد والدار الى ورثة الموصى ومن اوصى له بغلة
الدار او العبد لا يجوز له السكنى فى الدار والاستخدام للعبد فى الاصح لانه اوصى
له بالغلة وهى دراهم او دنانير وهذا استيفاء المنفعة نفسها لا الغلة ولا شك
انهما متغايران ومتفاوتان فى حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة
باستردادها منه بعد استغلالها ولا يمكنهم ذلك من المنافع بعد استيفائها

استيفائها بعينها قوله فى الاصح احتراز عن قول بعض المشايخ انه يجوز
ذلك لان قيمة المنافع كعينها فى تحصيل المقصود ولا يجوز لمن اوصى له اى للموصى
له بالخدمة والسكنى ان يواجر العبد والدار لان الوصية تمليك بغير بدل مضاف
الى ما بعد الموت فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل
فى حالة الحياة على اصلنا ولهذا لا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل كذا
هذا وكذا لا يجوز للموصى له ان يخرج العبد الموصى بخدمته من البلدة الا ان يكون
الموصى له مع اهله فى غير تلك البلدة فيخرجه الى اهله للخدمة هنالك اذا كان
العبد يخرج من الثلث وان لم يخرج من الثلث فلا يخرجه منها الا باذن الورثة
كذا فى الهداية وان اوصى الموصى له اى لرجل بثمرة بستانه فمات الموصى وفيه
اى فى البستان ثمرة فله اى للموصى له هذه الثمرة فقط اى لا ما يحدث بعدها
وان زاد الموصى ابدا بان قال ثمرة بستانى له ابدا فله اى للموصى له هى اى الثمرة
الاولى وما يستقبل الى ما عاش الموصى له وان اوصى بغلة بستانه فله اى للموصى
له الموجود وما يستقبل اى الى ما عاش الموصى له وان اوصى له بصوف غنمه
او لبنها او اولادها فله ما يوجد من ذلك اى الصوف واللبن والاولاد عند
موته اى موت الموصى فقط اى لا ما يحدث من ذلك بعده سواء قال الموصى ابدا
او لم يقل واعلم ان مسائل الوصية المتعلقة بالاقتصار على الموجود من الموصى به
والتعدى الى ما يحدث بعدها على وجوه ثلاثة فى وجه ان ذكر الابد يقع الموجود
والحادث كالوصية بثمرة بستانه وان لم يذكره فان كانت الثمرة موجودة وقت
موت الموصى يتناولها الوصية والا فالقياس ان تبطل الوصية وفى الاستحسان
يقع على الحادث الى ان يموت الموصى له وجه القياس ان الثمرة حقيقة فى الموجود
واذا لم تكن موجودة وقت موته تبطل الوصية لانها لا تقع على المعدوم
ووجه الاستحسان انها تحمل على المجاز عند تعذر الحقيقة صونا لكلام الموصى
عن الالغاء وكلام المص ظاهر فى جواب القياس وفى وجه يقع على الموجود

والحادث ما عاش الموصى له ذكر الابد او لم يذكر كالوصية بغلة بستانه او ارضه او سكنى داره او خدمة عبده والفرق بينه وبين الوجه الاول ان الثمرة اسم للموجود فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة كالتنصيص على الابد لانه لا يتأبد الا بتناوله المعدوم ايضا واما الغلة فيتناول الموجود وما هو بعرضية الوجود مرة بعد اخرى عرفا فان اطلقت يتناولهما بلا توقف على دلالة اخرى وفي وجه يقع على الموجود دون الحادث بعد ذكر الابد او لم يذكر كالوصية بالصوف على ظهر غنمه او الولد في بطن جاريته او بطن غنمه ونحوهما والفرق بينه وبين الوجهين الاولين ان القياس يأبى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة فاكتفى بذلك لجوازه في الوصية بالطريق الاولى لان بابها اوسع واما الولد المعدوم والصوف على ظهر الغنم واللبن في الضرع لا يجوز ان يرد العقد عليها اصلا ولا يستحق بعقد ما فكذلك لا يدخل تحت الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز بعقد البيع استحقاقها تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية قال في قاضيخان رجل اوصى بغلة كرمه لانسان قال الفقيه ابو بكر يدخل في هذه الوصية القوايم والاوراق والثمار والحطب فانه لو دفع الكرم معاملة يكون كل هذه الاشياء بينهما كالثمر وقال في الهداية ولو اوصى بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه لاحدهما على الآخر فيعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر اذ الوصية اخت الميراث من حيث ان الملك يثبت فيها بعد الموت فيكون الرقبة للموصى له بالرقبة والخدمة للموصى له بالخدمة ثم هذا العبد اما ان يكون ادرك حد الخدمة او لا فان كان الثاني

الثاني فينفقه على الموصى له بالرقبة الى ان يدرك الخدمة لانه بالانفاق عليه ينمو العين وذلك منفعة لصاحب الرقبة فاذا ادرك الخدمة صار كالكبير والنفقة في الكبير على من له الخدمة لان الغرم بالغنم وان جنى جناية فالفداء على من له الخدمة كذا في الغاية ولو اوصى بامة لرجل وما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه او اوصى بقوصرة لرجل وما فيها من التمر لآخر كان كما اوصى فالظرف والامة والخاتم لصاحبها والمظروف والولد والفص لآخر وتمامه في الهداية

باب وصية الذمي

ولو جعل ذمي داره بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهي ميراث بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فلانه بمنزلة الوقف عنده والوقف عنده غير لازم بدون التسجيل اذا كان لمسلم فهذا اولى فيورث بين ورثته واما عندهما فلان هذا معصية وان كانت قربة في اعتقادهم فلا يصح واستشكل على قول ابي حنيفة بان هذا عندهم كالمسجد عند المسلمين والمسلم ليس له ان يبيع المسجد فوجب ان يكون الذمي فيها كذلك لانهم عنده يتركون وما يعتقدون واجيب بان المسجد محرز عن حقوق الناس وصار خالصا لله تعالى ولا كذلك البيعة في اعتقادهم فانها لمنافع الناس لانهم يسكنون فيها ويدفنون فيها موتاهم فلم تصر محرزة عن حقوقهم فكان ملكه فيها ثابتا وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا ولو اوصى به اي بداره لقوم مسمين جاز من الثلث بالاتفاق يعني اذا اوصى بان يبني داره بيعة او كنيسة لناس معينين فهو جائز من الثلث بالاتفاق لان في الوصية معنى الاستخلاف والتمليك وللذمي ولاية لهما فامكن تصحيحه باعتبارين فجوزناه باعتبار معنى التمليك وجعلناه من الثلث باعتبار معنى الاستخلاف ولذا اي جاز من الثلث في غير المسمين عند ابي حنيفة لانا امرنا بان نتركهم وما يدينون وهذا قربة عندهم فيجوز وان لقوم غير محصورين خلافا لهما قالا انها وصية

باطلة لانها معصية في الحقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية
باطلة لما في تنفيذها من تقريرها ولا يمكن تنفيذها بطريق التمليك كما في الصورة
الاولى لان التمليك غير ممكن ههنا قالوا هذا الاختلاف فاذا اوصى ببناء بيعة
او كنيسة في القرى فاما في الامصار فلا يجوز بالاتفاق لانهم لم يمكنوا من احداث
ذلك في الامصار وعلى هذا الخلاف اذا اوصى ان يذبح خنازيره ويطعم المشركين
من غير تعيين كذا في الزيلعي ثم قال والحاصل ان وصايا الذمي ثلاثة اقسام منها
ما هو جائز بالاتفاق وهو ما اذا اوصى بما هو قربة عندنا وعندهم كما اذا اوصى بان يسرج
في بيت المقدس وجعل ثلث ماله للفقراء او عتق الرقبة سواء كان لقوم معينين او غير
معينين لانه وصية بما هو قربة عندنا وعندهم ومنها ما هو باطل بالاتفاق وهو ما
اذا اوصى بما ليس قربة عندنا وعندهم كما اذا اوصى للنايحات والمغنيات فانها معصية
عندنا وعندهم او اوصى بما هو قربة عندنا لا عندهم كما اذا اوصى بالحج او بناء
مسجد للمسلمين او بما يسرج مساجدهم لانها معصية عندهم وكلاهما لا تصح
بالاتفاق الا ان يكون لقوم معينين فانها حينئذ تصح بطريق التمليك ومنها ما هو مختلف
فيه وهو ما اذا اوصى بما هو قربة عندهم لا عندنا كبناء الكنيسة والبيعة لقوم غير
معينين فعند ابي ح يجوز وعندهما لا يجوز وان كان لقوم معينين يجوز بالاتفاق
وحاصله ان وصيته لقوم معينين يجوز في الكل على انه تمليك لهم وما ذكره من الجهة
مثل تسريج مساجد المسلمين او بناء مساجدهم وغيرهما خرج منه على طريق
المشورة لا على طريق الالزام حتى لا يلزمهم ان يصرفوه في تلك الجهة بل يفعلون
به ما شاؤا لانه ملكهم وتصح وصية مستامن لا وارث له في دارنا بكل ماله لمسلم
او ذمي او لمستامن آخر لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة وليس
لورثة المستامن حق مرعي لانهم اموات في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان ولا امان
كان لحقه لا لحق الورثة وقد اسقط حقه فيجوز لانه اهل للتمليك منجزا كالهبة فكذا مضافا
الى ما بعد الموت قيد بقوله لا وارث له في دارنا لانه لو كان له وارث في دارنا لا يجوز له

الوصية باكثر من الثلث الا باجازتهم لانه بالامان التزم احكامنا فصار كالذمي ثم
ان كان له وارث آخر في دار الحرب شارك الوارث الذي في دارنا في ميراثه لانه لما بطل
وصيته فيما زاد على الثلث كان ذلك ميراثا عنه بين جميع ورثته فان اوصى المستامن
ببعضه اي بعض ماله رد الباقي اي الباقي بعد اخذ الوصية الى ورثته رعاية لحق
الامان وتصح الوصية له اي للمستامن ما دام في دارنا من مسلم او ذمي لانه ما دام
في دار الاسلام فهو كالذمي في المعاملات فيصح عقود التمليكات منه وتبرعاته في حال حياته
فكذا بعد مماته وعن ابي ح وابي يوسف وصية المسلم والذمي للمستامن لا يجوز
لانه في دارهم حكما حتى يمكن من الرجوع اليها فصارت كالارث والاظهر ما اختاره المص
لان الوصية تمليك بخلاف الارث كذا في الزيلعي وصاحب الهوى اي اهل البدع ان لم يكفر
بهواه فهو كالمسلم في الوصية لانا امرنا ببناء الاحكام على ظاهر الاسلام والا اي وان
كان يكفر بهواه فكالمرتد فيكون على الخلاف السابق في تصرفات المرتد من انها جائزة
عندهما موقوفة عند ابي ح ان اسلم نفذ كسائر تصرفاته والا فلا قال فكالمرتد واما
المرتدة فقال في الهداية وفي المرتدة الاصح انه يصح وصاياها لانها تبقى على ردتها
بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم فصارت المرتدة كالذمية وقال في النهاية وذكر صاحب
الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقال قال بعضهم لا يكون بمنزلة الذمية وهو
الصحيح حتى لا يصح منها وصية والفرق بينها وبين الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها
واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها هذا ومراده بصاحب الكتاب صاحب الهداية واجاب
عن هذا صاحب العناية بانه لا منافاة بين كلاميه لانه قال في الهداية الاصح وقال في
الزيادات الصحيح ورجح في الزيلعي ما ذكره في الهداية حيث قال الاشبه ان تكون كالذمية
فتصح وصيتها لانها لا تقتل ولهذا يجوز جميع تصرفاتها فكذا الوصية وذكر العتابي
في الزيادات ان من ارتد عن الاسلام الى النصرانية او اليهودية او المجوسية فحكم
وصاياه حكم من انتقل اليهم فما صح منهم صح منه هذا عندهما واما عند ابي ح فوصية
المرتد موقوفة ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع لانها لا تقتل انتهى ما ذكره العتابي

وصح قاضيخان بان المرتدة كالذمية فجاز منها ما يجاز من الذمية وما لا فلا ووصية الذمي تعتبر من الثلث فلا تجوز في الزيادة عليه ولا تصح لوارثه لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فلا تجوز وصيته في الزيادة على الثلث بدون اجازة الورثة ولا لوارثه ايضا كالمسلم وتجوز وصية الذمي لذمي من غير ملته اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة لا لحربي في دار الحرب لان الارث ممتنع لتباين الدارين فكذا الوصية لانها اخت الميراث قال في الزيلعي وعلى رواية الجامع الصغير ينبغي ان تجوز هذه الوصية وههنا مسئلتان مهمتان احدهما ما ذكر في الدرر والغرر وصدرها بالتنبيه انهما ما لهما وقال الوصية المطلقة بان يقول مثلا هذا القدر من مالي او ثلث مالي وصية او اوصيت هذا القدر من مالي او ثلث مالي لا يحل للغني لانها صدقة فهي على الغني حرام وان كان الموصى عمم بان يقول يأكل منها الفقير والغني لان اكل الغني من الوصية لا يصح الا بطريق التمليك والتمليك لا يصح الا للمعين والغني لا يعين ولا يحصى واذا خصت الوصية بغني بان يقول مثلا هذا القدر من مالي اوصيته لزيد وهو غني او خصت بقوم اغنياء محصورين حلت لهم الوصية لصحة التمليك لهم لتعينهم وكذا الحال في الوقف اذ الوقف المطلق مختص بالفقراء لا يحل للغني وان عمم الواقف واذا خص بغني معين او بقوم محصورين اغنياء حل لهم ذلك الوقف ويكون منافعه لا عينه حتى اذا ماتوا يتقرر عينه في ملك الواقف او وارثه واذا ماتوا يكون للفقراء انتهى وهذا دليل واضح على انه لا يجوز للاغنياء ان يشرب من ماء السقاية الموضوعة في مساجد البلدان وطرق العمران مع الكيزان المبرد بالثلج في ايام الصيف بل هو مختص بالفقراء ولا يحل للاغنياء وما ذكر في المتون والشروح والفتاوى في كتاب الوقف من ان السقايات والخانات الموقوفة لا يختص بالفقراء بل يعم الاغنياء ايضا فالمراد بالسقاية ههنا هي السقاية التي مست اليها حاجة العامة اعني السقاية الموضوعة في الطرقات النائية والتي سميت بچشمه في العمران لان العامة من الفقراء والاغنياء محتاجة الى هذه السقاية بالضرورة كالخانات والقنطرات ولقد بسطنا الكلام فيه في كتاب الوقف وثانيهما ان الوصية لقراءة القران لا يجوز على ما ذكر في الفتاوى قال

مطلب الوصية لقراءة القران لا يصح

قال في الخلاصة لو اوصى لقاري القران يقرأ عند قبره بشيء فالوصية باطلة انتهى وهكذا في البزازية والمحيط السرخسي بعينه وعلله في المحيط بان اخذ الشيء للقراءة بمنزلة الاجرة على القراءة وذا لا يجوز انتهى وهكذا علله في المحيط البرهاني ايضا وزاد عليه بان اخذ الاجرة للقراءة باطلة ولم يفعلها احد من الخلفاء وقال في الاختيار واخذ الشيء للقراءة لا يجوز لانه كالاجرة انتهى وقال العيني في شرح الهداية والآخذ والمعطي آثمان فظهر من هذه النقول ان ما اشتهر بين الناس من الوصية لقراءة القران عند قبره حين دفن بشيء من الدراهم والدنانير والناس يجتمعون عند قبره ويقرؤن الاجزاء من القران ويأخذون من تلك الوصية باطل لا اصل له في الشرع بالاتفاق وكل من المعطي والآخذ آثمان نعم لو قرأ القاري لمحض رضاء الله تع من غير طلب اجرة وطمعها واعطى المعطي من غير طلب ثواب منه ولا طمع لكان ذلك صلة جائزة لكن ذلك المشهور بينهم ليس من هذا القبيل بل المعطي يعطي لاجل الثواب والقاري يقرأ لاخذ الاجرة من تلك الوصية حتى لو علم القاري عدم اعطائه لم يقرأ ولو علم المعطي عدم وصول الثواب لروح الميت لم يعط فلم تكن صلة بل اجرة فكانت باطلة

باب الوصي

لما فرغ من بيان الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه وهو الوصي فقال ومن اوصى الى رجل اي جعله وصيا فقبل اي الوصي في وجهه اي وجه الموصي ورده في غيبته لا يرتد لانه لما قبل في وجهه اعتمد الموصي على قبوله فلم يوص الى غيره فلو جوزنا رده في غيبته او بعد موته صار الميت مغرورا وذلك باطل فيرتد رده قال في الهداية من اوصى الى رجل فقبل في وجهه ورده في غير وجهه ليس برد وفسر في العناية الوجه بالعلم وغير الوجه بغير العلم حيث قال فقبل الوصي في وجه الموصي اي بعلمه ورده في غير وجهه اي بغير علم الموصي هكذا ذكره في الذخيرة اشارة الى ان المقصود بذلك علم الموصي ليتدارك حاله عند رد الوصي فليس هذا برد لان الميت مات معتمدا عليه فلو صح رده بغير علمه في حياته او بعد مماته صار مغرورا من جهته فلا يجوز انتهى كلام العناية فينبغي ان يحمل كلام المص على هذا التفسير فان قيل ما الفرق

بين الموصى له والموصى اليه حيث ان قبول الموصى له في الحال غير معتبر على ما تقدم
حتى لو قبله في حال حياة الموصى ثم رده بعد وفاته كان صحيحا بخلاف الموصى اليه
اجيب بان نفع الموصى له بالوصية لنفسه ونفع الموصى اليه للموصى لا لنفسه فكان في
رده بغير علمه اضرار به فلم يجز بخلاف الموصى له لان الموصى به يرجع الى ورثة الموصى
فلا ضرر له في ذلك والى هذا الجواب اشار صاحب الهداية بقوله بخلاف الوكيل بشراء
عبد بغير عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هنالك لانه حي
قادر على التصرف بنفسه انتهى فانه جعل علة جواز رده بغير علمه عدم الضرر كما في رد
الموصى له قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره صاحب الهداية من جواز رد الوكيل بغير
علم الموكل مخالف لعامة روايات الكتب من الذخيرة والتتمة وادب القاضي للصدر الشهيد
والجامع الصغير للامام المحبوبي وفتاوى قاضيخان ونقل عن كل واحد منها ما يدل
على ان الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل بغير علمه لا يصح حتى لم يخرج
عن الوكالة واعترض صاحب العناية نصرة للهداية وقال ليس فيما نقله صاحب النهاية
من الكتب المذكورة ما يدل على الوكيل بشراء شيء بغير عينه وعن هذا قال بعض
الشارحين رواية عامة الكتب فيما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه واليه اشار صاحب
الهداية ايضا في باب الوكالة بالبيع والشراء حيث قال ولو وكله بشراء شيء بعينه
فليس له ان يشتريه لنفسه لان فيه عزل نفسه عن الوكالة ولا يملكه على ما قيل الا
بمحضر من الموكل انتهى فان قيل تشير الحال ان هذا قول المشايخ وان رد الموصي في
وجهه اي وجه الموصي اي بعلمه يرتد لانه متبرع في ذلك فان شاء دام عليه
وان شاء رجع اذ ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه ايضا لانه يمكنه
ان ينيب غيره مقامه لعلمه برجوعه فان لم يقبل ولم يرد بل سكت حتى مات
الموصي فهو اي الوصي مخير بين القبول وعدمه ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لانه
الموصي لم يبق له ولاية الالزام فبقي مخيرا فصار كالوكيل فانه لو وكل حال حياته فالوكيل
مخير بين القبول وعدمه ما لم يوجد منه قبول ايضا او دلالة فان قيل ما كان يجب

يجب ان لا يكون مخيرا لانه عالم بالايصاء ولم يرده اعتمد عليه الموصي ولم يوص الى غيره
وفي ذلك ضرر به والضرر مدفوع اجيب بان الموصي مغتر حيث لم يستعلم عن الرد والقبول
فلا يبطل الاختيار بالاغترار بخلاف ما اذا قبل ثم رد في غيبته فانه غار فيبطل الاختيار
وفي البزازية قبل الوصاية او تصرف بعد الموت ثم اراد عزل نفسه لم يجز الا عند الحاكم
واذا حضر عند الحاكم نظر في حاله ان مامونا قادرا على التصرف لا يخرجه وان عرف الحاكم
عجزه وكثرة اشتغاله اخرجه للضرر بغلبة بقائه فان باع الوصي شيئا من التركة لم يبق
له الرد وان وصلية اي وان كان غير عالم بالايصاء لان بيع التركة قبول دلالة سواء
علم الايصاء او لم يعلم فلم يبق له الرد وينفذ بيعه لصدوره من الوصي بخلاف الوكيل
اذا لم يعلم التوكيل له فباع شيئا حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه مختص بحال
انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كان خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة
اما التوكيل فانه انابة لثبوته حال قيام الميت فلا يصح بغير علم كاثبات الملك بالبيع والشراء
فان رد بعد موته اي موت الموصي ثم قبل صح قبوله ما لم ينفذ من التنفيذ قاضي رده
بان اخرجه القاضي من الوصاية حين قال لا اقبل لانه بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل ايصاء الموصي
لان في ابطاله مضرة بالميت وضرر الوصي في الابقاء على الوصاية مجبور بالثواب الا ان القاضي
اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز
عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت
متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال بعد تنفيذ القاضي
رده اقبل لا يلتفت اليه لانه قبل بعد ابطال القاضي كذا في الهداية وان اوصى الى عبد
او كافر او فاسق اي جعل واحد منهم وصيا اخرجه القاضي عن الوصاية ونصب غيره
وصيا والمراد بالعبد ههنا عبد غيره لا عبد نفسه والكافر اعم من الذمي والمستامن
والحربي قوله اخرجه القاضي ونصب غيره هكذا وقع العبارة في الهداية وغيره ايضا
وهي تشير الى صحة الوصية اليهم لان الاخراج يكون بعد الصحة وذكر محمد في الصور الثلاث
ان الوصية باطلة ثم اختلف المشايخ في انه باطل اصلا او معناه سيبطل بعد اخراج

القاضي قال الفقيه ابو الليث واليه ذهب القدوري وفخر الاسلام البزدوي وعامة مشايخنا
ان معناه سيبطل ووجهه ان العبد اهل للتصرف ولهذا جاز توكيله ولكن لما كان عجزه
عن استيفاء حقوق الميت مظنونا لكونه منافعه للمولى والظاهر منع المولى عن التبرع بها
وعلى تقدير اجازته لما كان له الرجوع عن الاجازة وعند ذلك يعجز العبد عن التصرف
بالوصاية قلنا انها ستبطل باخراج القاضي عنها واما الكافر فقد ذكر في كتاب القسمة
انه لو قاسم شيئا قبل ان يخرجه القاضي عن الوصاية جاز فثبت ان الايصاء صحيح لكنه
لا يتوفى البياعات الفاسدة فجاز للقاضي ان يخرجه من الوصية واما الفاسق فلان
ولايته على نفسه وعلى غيره ثابتة الا ان القاضي يخرجه لاتهامه بالخيانة وقال بعضهم
انه باطل في العبد واليه ذهب السرخسي وذلك لان الوصاية ولاية متعدية وليس للعبد
ولاية على نفسه فضلا ان يكون له ولاية على غيره وفي غير العبد معناه ستبطل وقال
بعضهم معناه في الكافر ايضا باطل لعدم ولايته على مسلم هذا في ايصاء المسلم الى كافر
ظاهر وهل للذمي الايصاء الى المستامن قالوا لا يجوز قال في التاتارخانية والذمي اذا
اوصى الى الحربي مستامنا او غير مستامن فانه لا يجوز لان الذمي من الحربي بمنزلة المسلم
من الذمي والمسلم لو اوصى الى ذمي كانت الوصية باطلة فكذا الذمي اذا اوصى الى الحربي
فان القاضي يخرجه وان اوصى الى عبده اي ان جعل عبد نفسه وصيا فان كان كل الورثة
صغارا صح عند ابي ح خلافا لهما قالا لا يصح وهو القياس لان الولاية متقدمة فيه
لان الرقية تنافيها ولان فيه اثبات ولاية المملوك على المالك وهو قلب المشروع ونقض
الموضوع ولان الولاية الصادرة من الاب لا يتجزى وفي اعتبار هذه الولاية تجزيتها
لان هذا العبد لا يملك بيع رقبته والاب كان يملكه وهو خلاف الموضوع الشرعي ولابي ح
انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار
وان كانوا مالكين له فليس لهم ولاية النظر عليه فلا منافاة بخلاف ما اذا كان في الورثة
كبار او كان الايصاء الى عبد الغير لانه لا يستبد بالتصرف اذ كان للمولى منعه بخلاف الاول
لانه ليس للقاضي ولا للصغار منعه بعد ما ثبت الايصاء اليه وكذا ليس له بيعه وايصاء

مطلب
صحة ان يجعل عبد نفسه وصيا ان كانت الورثة صغارا

وايصاء المولى اليه يوذن بكونه ناظرا لهم فصار كالمكاتب والوصية قد تتجزى على ما
رواه الحسن عن ابي ح كما اذا اوصى الى رجلين احدهما يكون في الدين والاخر في العين
يكون كل واحد منهما وصيا فيما اوصى اليه خاصة كذا في الزيلعي وان فيهم اي في الورثة
كبير بطل اجماعا لان للكبير ان يمنعه ويبيع نصيبه فيمنعه المشتري فتعجز عن الوفاء
بما التزم فلا يفيد ولو كان الوصي عاجزا عن القيام بالوصية اي الوصاية ضم القاضي
اليه غيره ولا يخرجه عن الوصاية بل يضم اليه غيره لان في الضم رعاية الحقين حق الموصي
وحق الورثة لان تكميل النظر يحصل بذلك لان النظر يتم باعانة غيره بدون الاخراج فلا
يخرجه عنها ولو شكى اليه الوصي عن القيام بسبب عجزه لا يجيبه القاضي حتى يعلم عجزه
حقيقة لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر له عجزه اخرجه واقام غيره
مقامه رعاية للنظر من الجانبين وان كان الوصي قادرا على الوصاية امينا عن الخيانة
لا يخرجه القاضي وان وصلية شكى الورثة او بعضهم منه ما لم يظهر منه خيانة فاذا
ظهر منه خيانة اخرجه القاضي واقام غيره مقامه واعلم ان الاوصيا ثلاثة عدل
غير كاف وعدل كاف وفاسق فالاول يضم اليه من يعينه والثاني لا يخرج ولا يضم اليه
غيره والثالث يخرجه القاضي ويقيم غيره مقامه وكذا من ظهر خيانته في امر الوصاية
وهو داخل في الفاسق وذكر في قاضيخان ان القاضي لو عزل العدل الكافي عن الوصاية
ينعزل ايضا نقله عن الامام خواهر زاده وقال وعند بعض المشايخ لا ينعزل العدل
الكافي بعزل القاضي لانه مختار الميت فيكون مقدما على القاضي هذا في وصي الميت
واما وصي القاضي فهو مخالف لوصي الميت في ثمان مواضع منها ان القاضي ليس له
ان يعزل وصي الميت العدل وله ان يعزل وصي القاضي ولو كان عدلا ومنها ان وصي
الميت له ان يبيع من نفسه ويشتري لنفسه ان كان فيه نفع ظاهر عند ابي ح ووصي القاضي
ليس له ذلك بالاتفاق ومنها ان وصي الميت اذا خصه الميت لا يختص بخلاف وصي القاضي
فانه يختص بتخصيص القاضي ومنها ان وصي القاضي اذا باع ممن لا تقبل شهادته
له لم يصح بخلاف وصي الميت ومنها ان وصي الميت يوجر الصغير للاعمال بخلاف

مطلب
القاضي هل يخرج الوصي العادل

وصي القاضي ومنها ان وصي القاضي لا يملك القبض الا باذن مبتداء من القاضي بعد الايصاء
بخلاف وصي الميت ومنها يعمل نهي القاضي عن بعض التصرفات ولا يعمل نهي الميت ومنها
ان وصي القاضي اذا جعل وصيا عند موته لا يصير وصيا بخلاف وصي الميت الكل في وصايا
الاشباه لكن المذكور في المسئلة الثالثة من عدم التخصيص قول ابح وعلى قول الامامين
يخص بما سماه كما ذكر في الظهيرية وفتاوى الانقروى وان اوصى الى اثنين اي جعلهما وصيا
لا ينفرد احدهما في التصرف عند ابح ومحمد الا بشراء كفن وتجهيز ميت لان في تاخيرهما
فساد الميت فينفرد احدهما بلا توقف على اذن الاخر ولهذا يملكه الجيران ايضا وخصومة
في حقوق الميت على الناس لان اجتماعهما فيها متعذر وقت الخصومة عند القاضي فينفرد
احدهما فيها وقضاء دين الميت اذا كانت التركة من جنس الدين لان قضاء دينه ليس
من باب الولاية وانما هو من باب الاعانة له ولهذا ان صاحب الحق اي الداين يملكه متى ظفر
بحقه بخلاف اقتضاء دين الميت لانه رضي بامانتهما في القبض جميعا كذا في الزيلعي وطلبه
اي طلب دين الميت لان الطلب ليس اقتضاء الدين فينفرد احدهما به وشراء حاجة الطفل
لانه اعانة له اذ قد يخاف الهلاك عليهم بسبب الجوع والعرى فينفرد احدهما عن الاخر
بلا توقف على رضاه وقبول الهبة له لما ذكر في الشراء ورد وديعة معينة لما ذكر في قضاء
دينه وتنفيذ وصية معينة واعتاق عبد معين ورد مغصوب او مشترى بشراء فاسد
وجمع اموال الضايعة وحفظ المال لان كلها من باب الاعانة للميت فلا يحتاج فيها الى
رأي الاخر وبيع ما يخاف تلفه لان في تاخيره خوف الضرر هذا كله عندهما وعند ابي يوسف
يجوز الانفراد مطلقا اي في جميع الاشياء ولا اختصاص عنده بالاشياء المذكورة
واعلم انهم اختلفوا في محل هذا الاختلاف على ثلاثة اقوال قال بعضهم ان هذا
الخلاف فيما اذا اوصى الى كل واحد منهما على حدة بان اوصى الى احدهما اولا ثم الى
اخر بعقد اخر واما اذا اوصى اليهما معا بعقد واحد فلا ينفرد احدهما عن الاخر
بالاجماع كذا ذكره الكيساني وقال بعضهم الخلاف فيما اذا اوصى اليهما معا بعقد واحد
اما اذا اوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة ينفرد احدهما بالتصرف بالاجماع ذكره

ذكره الحلواني عن الصفار قال ابو الليث وهو الاصح وبه ناخذ وقال بعضهم الخلاف
في الفصلين جميعا ذكره ابو بكر الاسكاف وقال في المبسوط وهو الاصح بخلاف
الوكيلين اذا وكلهما متفرقا حيث ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بالاجماع والفرق
ان ضم الثاني في الايصاء دليل عجز الاول عن المباشرة وحده فيكون بمنزلة الايصاء
اليهما جميعا بخلاف الوكالة فان راى الموكل قائم ولو كان الوكيل عاجزا لباشر
الموكل بنفسه لتمكنه من ذلك ولما وكل علم ان مراده ان ينفرد كل منهما بالتصرف كذا
في الزيلعي وشروح الهداية وقال في قاضيخان لو باع احد الوصيين شيئا من تركة الميت
لصلحه لا يجوز عند ابح ومحمد لان عندهما احد الوصيين لا ينفرد عن الاخر بالتصرف
وقال فيه ايضا رجل جعل رجلا وصيا في شيء بعينه نحو التصرف في الدين
وجعل الاخر وصيا في شيء اخر فان قال جعلتك وصيا في قضاء ما علي من الدين
وقال للاخر جعلتك وصيا في القيام بامر مالي او جعل احدهما وصيا لهذا الولد
في نصيبه وجعل الاخر وصيا في نصيب ولد اخر له او قال اوصيت الى فلان
يتقاضى ديني ولم اوص اليه غير ذلك واوصيت بجميع مالي فلانا اخر فكل واحد
من الوصيين يكون وصيا في الانواع كلها عند ابح وابي يوسف كانه اوصى اليهما
وعند محمد لكل واحد منهما يكون وصيا فيما اوصى اليه رجلا اوصى الى رجل فقال
له اعمل برأي فلان فهو على وجهين احدهما ان يقول اعمل براي فلان والثاني ان
يقول لا تعمل الا برأي فلان اختلفوا فيه على ثلثة اقوال قال بعضهم في الوجهين
الوصي هو المخاطب وقال بعضهم في الوجهين جميعا كلاهما وصيان كانه اوصى
اليهما وقال بعضهم في قوله اعمل برأي فلان الوصي هو المخاطب وفي قوله لا تعمل
الا برأي فلان هما وصيان واختار ابو الليث هذا القول وهو الشبه بقول اصحابنا
فانهم قالوا اذا وكل الرجل غيره بالبيع وقال له بعه بشهود فباعه بغير شهود
جاز ولو قال له لا تبعه الا بشهود او قال لا تبع الا بمحضر فلان فباع بغير شهود
او بغير محضر فلان لا يجوز كذا هذا وكذا لو اوصى الى رجل وقال له اعمل بعلم فلان

مطلب
رجل اوصى الى رجل وقال له اعمل برأي فلان

كان له ان يعمل بغير علمه ولو قال لا تعمل الا بعلم فلان لا يجوز له ان يعمل بغير علم فلان
والفتوى على هذا القول كذا في قاضيخان فان مات احد الوصيين اقام القاضي غيره
مقامه ان لم يوص الوصي الذي مات الى احد فان اوصى الوصي الميت الى الحي اي الى
الوصي الحي جاز ويتصرف الحي وحده في ظاهر الرواية ولا يحتاج القاضي الى نصب
وصي آخر لان راي الميت باق حكما براي من يخلفه وعن ابي ح انه لا ينفرد بالتصرف
لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غير الحي فانه ينفذ
تصرفه براي المثنى كما رضي المتوفي كذا في الهداية ووصي الوصي وصي في التركتين
اي في تركة الوصي الميت وتركة الميت الاول وقال الشافعي لا يكون وصيا في تركة الميت
الاول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحياة والجامع انه رضي برايه لا براي غيره ولنا ان
الوصي متصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد في النفس فانه
اذا مات الاب كان ولاية تزويج الصغار واستيفاء القصاص للجد لانتقال الولاية
اليه فكذا الوصي فيما انتقل اليه الولاية لانه خلف عن الاول وباعتبار هذه الخلافة
يجعل الاول قائما حكما والخلف يعمل عمل الاصل عند عدمه بخلاف الوكيل لان الموكل
حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل غيره او الايصاء الى غيره
وكذا اي وصي الوصي وصي في التركتين ان اوصى الوصي اليه اي الى الوصية في احديهما
اي احدى التركتين هذا عند ابي ح خلافا لهما قالا انه وصي في تركة الوصي لا في تركة الميت
الاول قال في شرح المجمع اذا اوصى الوصي الى اخر في تركة نفسه فهو وصي في التركتين وقالا
هو وصي في تركة نفس الوصي دون الموصي الاول لانه نص على الايصاء من تركة نفسه فيقتصر
عليه ولابي ح ان الوصية استخلاف فيما كان له من الولاية وعند الموت كانت له ولاية
في التركتين فنزل منزلته فيهما انتهى وقال علاء الدين الاسود في شرح الوقاية
ولو قال الوصي لاخر جعلتك وصيا في تركتي فقد روي عن ابي ح انه وصي في التركتين
جميعا وقالا هو وصي في تركة الثاني خاصة لانه يتصرف بالامر فاختص تصرفه
بما خص بالامر كالوكيل ولابي ح ان تركة موصيه تركة له ايضا فللوصي الثاني ان يتصرف فيهما جميعا

جميعا انتهى فظهر من هذين النقلين ان محل الخلاف بين ابي ح وصاحبيه في هذه
المسئلة فيما اوصى الموصى اليه في تركة نفسه لا فيما اوصى اليه في تركتهما بان
يقول له اوصيتك في تركتي وتركة الاول فانه وصي في التركتين في هذه الصورة
بالاتفاق فعلى هذا ينبغي ان يحمل الاضافة في كلام المص للعهد والمعهود تركة
نفسه ولو قال ان اوصى اليه في تركة نفسه كما وقع في المجمع لكان اولى وتصح قسمة
الوصي نائبا عن الورثة الغيب مع الموصى له يعني اذا مات رجل له ورثة غيب
واوصى الى زيد لبكر بمبلغ جاز لزيد الموصي ان يقسم تركته بين ورثته الغيب
نائبا عنهم وبين بكر الموصى له بان يأخذ حق الورثة ويسلم الباقي الى
الموصى له لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير
مغرورا بشراء المورث حتى يكون الولد حرا كما اذا اشترى جارية فمات
ثم استولدها الوارث ثم استحقت الجارية فانه يصير الولد حرا
ويرجع على بايع الميت ويكون الولد ولد المغرور والوصي خليفة الميت
ايضا فيكون خصما للوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه في المنقول
والعقار ان كانوا صغارا وفي المنقول ان كانوا كبارا والفرق بين المنقول
والعقار ان الورثة اذا كانوا صغارا كان للوصي بيع نصيب الصغار من المنقول
والعقار جميعا اما اذا كانوا كبارا فليس له بيع العقار عليهم وله ولاية
بيع المنقول فكذا لانها نوع بيع كذا في العناية وقال في البزازية نقلا عن الاصل
الوصي قسم وعزل نصيب كل من الورثة فهذا على خمسة لو كلهم صغارا لا يجوز
قسمته اصلا كما لو باع مال احد اليتيمين من الاخر ولو قسم الاب مال اولاده
الصغار جاز كالبيع والحيلة للوصي ان يبيع مال احد الصغيرين مشاعا
من رجل ثم يقاسم مع المشتري حصة صغير لم يبع حصته وبعد القسمة
يشتري تلك الحصة فيحصل الامتياز والثاني لو كلهم كبارا وبعضهم
حضور فقاسم الحضور وافرز انصباهم جاز في المنقول لا في العقار لانه يلي

مطلب للوصي بيع نصيب الصغار

مطلب هل يصح قسمة الوصي تركة الميت بين الورثة

بيع المنقول لا العقار على الكبار الغيب الثالث لو صغارا او كبارا والكبار غيب لا يجوز
في العقار وكذا في العروض لان الوصي ليس له ولاية القسمة في العروض على
الكبار الغيب فصار كان الكل صغارا الرابع لو صغارا وكبارا حضورا فعزل
نصيب الكبار وهم حضور فدفعه اليهم وعزل نصيب الصغار جملة ولم
يفرز نصيب كل واحد من الصغار جاز الخامس عزل نصيب كل واحد من الصغار
والكبار وقسم بين الكل فالقسمة فاسدة ولو دفع الى الكبار نصيبهم وامسك
حصة الصغار جملة ثم قسم حصة الصغار فيما بينهم فالقسمة بين الصغار
والكبار جائزة لا بين الصغار فاذا صحت قسمته عنهم لا يرجعون اي الورثة
على الموصى له لو هلك حظهم اي الثلثان في يد الوصي لان قسمته ليست
بفضولي لا مقاسمته معهم اي مع الورثة على الموصى له بثلث اذا كان الوارث
حاضرا والموصى له غائبا فقاسم الوصي مع الورثة عن الموصى له الغائب
فاعطى الورثة حقهم وامسك الثلث للموصى له لم ينفذ القسمة على الموصى له
صغيرا كان او كبيرا في المنقول والعقار كما لم ينفذ اذا كان الموصى له حاضرا
لان الموصى له ليس خليفة الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد حتى لا يرد بعيب
ولا يرد عليه به ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند
غيبته فاذا لم يصح قسمته على الموصى له فيرجع الموصى له عليهم اي على الورثة
بثلث ما بقي لو هلك حظه في يد الوصي لانه شريك الوارث فيتوى ما توى من مال
الشركة ويبقى ما بقي على الشركة غير ان الوصي لا يضمن ما هلك وان كان تصرفه
غير مشروع لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض
التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي وصحت للقاضي اي صحت القسمة للقاضي
بين الورثة والموصى له لو قاسمهم اي لو قاسمهم القاضي عنه اي نائبا عن الموصى له
الغائب واخذ قسطه اي قسط الموصى له وهو عطف على ضمير صحت الفصل والفرق
بين القاضي والوصي ان القاضي نصب ناظرا لامور المسلمين سيما في حق الاموات

الاموات والغيب لعجزهم عن التصرف بانفسهم ومن النظر ان يفرز نصيب الغائب
بخلاف الوصي لانه ليس كذلك فلم يقدر على القسمة عن الموصى له الغائب وانما جاز عن
الورثة لكونه خليفة عنهم لا لكونه نصب ناظرا وفائدة الجواز انه لو حضر الغائب
وقد هلك نصيبه في يد القاضي او امينه ليس له ان يرجع لا على القاضي ولا على الورثة
قال الفاضل الزيلعي وهذا في المكيل والموزون لانه افراز ومعنى المبادلة فيه تابع حتى جاز
اخذه لاحد الشريكين من غير قضاء ولا رضاء وكذا يجوز بيع نصيبه مرابحة
واما ما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغير لا يجوز
انتهى وهكذا قيده الامام المحبوبي قلت ويدل عليه ما في الهداية فانه قال فان اوصى
بثلث الف درهم فرفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته
جائزة لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول يصير نصيبه ميراثا
لورثته انتهى وجوز كلا لنص عليها ان الدراهم من الموزونات وفي الوصية بحج لو قاسم
الوصي الورثة مفعول قاسم فضاع ما في يده من المال بعد المقاسمة عنده اي عند
الوصي يؤخذ والآخذ هو الوصي للحج ثلث وكذا اي يؤخذ للحج لو دفعه اي لو دفع
الوصي ما في يده من المال لمن يحج عن الميت فضاع في يده اي يد المدفوع اليه هذا
عند ابي ح وعند ابي يوسف ان بقي من الثلث اي ثلث جميع المال اخذ ذلك الباقي
من ثلث الجميع والا اي وان لم يبق فلا يؤخذ ثانيا وعند محمد لا يؤخذ بشيء
صورته رجل مات وترك اربعة آلاف درهم وقد اوصى ان يحج عنه وكان مقدار
الحج الف درهم فاخذ الوصي الفا ودفعها الى الذي يحج عنه فسرقت في الطريق قال
ابو ح يؤخذ ثلث ما بقي من التركة وهو الف درهم فان سرقت ثانيا يؤخذ ثلث
ما بقي مرة اخرى وهو ستمائة وستة وستون وثلثا درهم وهكذا وقال ابو
يوسف يؤخذ مما بقي من التركة ما بقي من ثلث جميع المال وهو ثلثمائة وثلثة وثلثون
وثلث درهم فان سرقت ثانيا لا يؤخذ مرة اخرى وقال محمد اذا سرقت الالف الاولى
بطلت الوصية فلا يؤخذ منه مرة اخرى لان القسمة حق الموصي وهو الميت

مطلب ضاع المال لمن يحج عن الميت هل يؤخذ ثانيا

ولو افرز الموصى بنفسه مالا ليحج عنه فهلك في يد المدفوع اليه لا يلزمه شيء وبطلت
الوصية فكذا اذا افرزه وصيه لانه نائب عنه قائم مقامه باختياره ولابي يوسف ان
محل الوصية هو الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لفوات
محلها ولابي حنيفة ان القسمة لا يراد لذاتها بل لمقصودها وهو تادية الحج فلم يعتبر دونه
وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة المسماة
اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها ولو باع
الوصي من التركة عبدا مع غيبة الغرماء جاز لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى
الموصي حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته بعدما
كان بثمن مثله فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية
لا بالصورة والعين والبيع لا يبطل المالية بل يحققها لانها يفوت الى خلف وهو
الثمن فلا يفوت حق الغرماء بخلاف العبد المأذون المديون لان للغرماء حق
الاستيفاء منه اما ههنا فلا وان اوصى ببيع شيء من تركته عروضا او عقارا او التصدق
عطف على بيع شيء به اي بالثمن فباعه وصيه وقبض ثمنه فضاع في يده واستحق المبيع
في يد المشتري ضمنه الوصي لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان
المشتري منه ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البايع مال
الغير اي الثمن بغير رضا صاحبه فيجب عليه رده ورجع الوصي به اي بالثمن الذي ضمنه
في التركة اي تركة الميت الموصي لانه عامل للميت فيرجع عليه كالوكيل لانه عامل للموكل
وكان ابو حنيفة يقول اولا انه لا يرجع لانه ضمنه بقبضه وهو فعل نفسه ثم رجع الى القول
بالرجوع في جميع التركة وعن محمد انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ
حكمها ومحل الوصية الثلث ووجه ظاهر الرواية انه يرجع عليه بحكم التغرير من
جهته وذلك الغان دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي وامينه
اذا تولى ببيع شيء من التركة للغرماء وقبض الثمن وضاع حيث لا عهدة عليه لانه
في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلده حذرا عن لزوم الغرامة

مطلب
يصح للوصي بيع تركة الميت في غياب الغرماء

الغرامة عليه فيتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي
لانه كالوكيل فعليه العهدة هذا اذا كانت التركة قائمة وان كانت التركة هالكة
او لم يكن بها وفاء لم يرجع الوصي بشيء كما في سائر ديون الميت وفي الزيلعي عن
المنتقى لا يرجع الوصي في مال الميت بشيء وانما يرجع على المساكين الذين تصدق
عليهم بالثمن لان غنمه لهم فكان غرمه عليهم ولو قسم الوصي التركة فاصاب الصغير
شيء فقبضه الوصي وباعه وقبض ثمنه فضاع واستحق ذلك الشيء رجع في مال
الصغير لانه عامل له فيرجع في ماله والصغير يرجع على بقية الورثة بحصته
لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه ولا يصح بيع الوصي مال الصغير من الاجنبي
ولا شراؤه اي للصغير من الاجنبي الا بما يتغابن الناس فيه لان تصرف الوصي
في مال الصغير نظري ولا نظر في الغبن الفاحش بل بيعه بالغبن الفاحش باطل
على الاصح وقيل فاسد كما ذكرناه في البيع الفاسد بخلاف الغبن اليسير لان في
اعتباره انسداد بابه لعدم امكان التحرز عنه فلا يعتبر اطلقه فشمل العروض
والعقار وفيه تفصيل ففي قاضيخان وصي الاب اذا باع شيئا من تركة الاب
فهو على وجهين احدهما ان يكون على الميت دين ولا اوصى هو بوصية والثاني
ان يكون على الميت دين او اوصى بوصية ففي الوجه الاول قال في الكتاب للوصي
ان يبيع كل شيء من التركة من المتاع والعروض والعقار اذا كانت الورثة صغارا
اما بيع ما سوى العقار فلان ما سوى العقار يحتاج الى الحفظ وعسى ان يكون
حفظ الثمن ايسر ويبيع العقار ايضا في جواب الكتاب قال شمس الائمة الحلواني
ما قال في الكتاب قول السلف اما على قول المتأخرين لا يجوز للوصي ان يبيع
العقار الا بشرائط احدها ان يرغب الانسان في شرائها بضعف قيمتها
او يحتاج الصغير الى ثمنها لنفقته او يكون على الميت دين لا وفاء له الا بثمنها
او يكون في التركة وصية مرسلة تحتاج في تنفيذها الى ثمن العقار او يكون
بيع العقار خيرا لليتيم بان كان خراجها ومؤنتها يربو على غلاتها او كان العقار

مطلب
يجوز للوصي بيع العقار بشرائط

حانوتا او دارا يريد ان ينقض ويتداعى الى الخراب فان وقعت الحاجة للصغير الى اداء
خراجها فان كان في التركة مع العقار عروض يبيع ما سوى العقار وان كانت الحاجة
لا تندفع بما سوى العقار فح يبيع العقار بمثل القيمة او بغبن يسير ولا يجوز بيع
الوصي بغبن فاحش لا يتغابن الناس في مثله وكذا لو اشترى الوصي شيئا لليتيم لا يجوز
شراؤه بغبن فاحش هذا اذا كانت الورثة كلهم صغارا فان كان الكل كبارا وهم
حضور لا يجوز بيع الوصي شيئا من التركة الا بامرهم فان كان الكبار غيبا لا يجوز بيع
الوصي العقار ويجوز بيع ما سوى العقار وتجوز اجازة الكل لان الوصي يملك حفظ
مال الغائب وبيع العروض يكون من الحفظ اما العقار محفوظة بنفسها الا ان يكون
العقار بحال يهلك لو لم يبع فح يصير العقار بمنزلة العروض وان كانت الورثة
كبارا كلهم بعضهم غائب او واحد منهم غائب والباقي حضور فان الوصي يملك
بيع نصيب الغائب فيما سوى العقار لاجل الحفظ عند الكل فاذا جاز بيعه في نصيب
الغائب عند الكل جاز بيعه في نصيب الحاضر ايضا عند ابي ح وعندهما لا يجوز بيعه
في نصيب الحاضر هذا اذا لم يكن في التركة دين فان كان عليه يستغرق التركة للوصي
ان يبيع جميع التركة للدين عروضا كان او عقارا فان كان الدين قليلا لا يستغرق
التركة ملك الوصي البيع بقدر الدين عند الكل واذا ملك ذلك يملك بيع الباقي
عند ابي ح وعندهما لا يملك وكذا لو كان في التركة وصية مرسلة فان الوصي يملك البيع
بقدر ما ينفذ الوصية عند الكل واذا ملك بيع البعض يملك بيع الباقي عند ابي ح وعندهما
لا يملك ولو كان في الورثة صغير واحد والباقي كبار وليس هناك دين ولا وصية والتركة
عروض فان الوصي يملك بيع نصيب الصغير عند الكل فيملك بيع الباقي عند ابي ح
فاذا باع الكل جاز بيعه في الكل وعندهما لا يجوز بيعه في نصيب الكبار والاصل عند ابي ح
انه اذا ثبت للوصي بيع بعض التركة يثبت له ولاية بيع الكل هذا كله في وصي الاب
ووصي وصي الاب يكون بمنزلة وصي الاب وكذا وصي الجد يكون بمنزلة وصي الاب
ووصي وصي الجد بمنزلة وصي الجد ووصي وصي القاضي بمنزلة وصي القاضي اذا كان عاما

عاما واما وصي الاخ ووصي الام اذا ماتت الام وتركت ابنا صغيرا واوصت الام
الى رجل او مات الرجل وترك اخا صغيرا له واوصى الى رجل يجوز بيع هذا الوصي
فيما سوى العقار من تركة هذا الميت ولا يملك بيع العقار لانه لا يملك الا الحفظ
وبيع ما سوى العقار من الحفظ ولا يجوز لهذا الوصي ان يشتري شيئا للصغير
الا الطعام او الكسوة لان ذلك من جملة حفظ الصغير هذه الجملة ذكرها قاضي خان
في فتاواه وهل يجوز بيع الوصي مال الصغير ممن لا تقبل شهادته له من اصله وفرعه
وغيرهما ففي العمادية قيم الوقف اذا باع الوقف ممن لا تقبل شهادته له لا يجوز
عند ابي ح وكذا اذا اجر منه وكذا الوصي وقيل يجوز في الوصي كالمضارب وتفصيله
في العمادية ويصحان اي بيع الوصي مال الصغير من نفسه او مال نفسه من
الصغير صورته على ما في قاضيخان لو اشترى الوصي مال اليتيم لنفسه جاز
وكذا لو باع ماله من اليتيم جاز ان كان فيه اي في هذا البيع والشراء نفع للصغير
على قول ابي ح خلافا لهما قال محمد اذا باع ماله من اليتيم او اشترى مال اليتيم
لنفسه لا يجوز على كل حال وهو قول ابي يوسف اولا ثم رجع الى قول ابي ح فسر
السرخسي النفع فقال اذا اشترى الوصي مال اليتيم لنفسه ما يساوي عشرة
بخمسة عشرة يكون خيرا لليتيم وان باع مال نفسه من اليتيم ما يساوي خمسة عشر
بعشرة كان خيرا لليتيم وقال بعضهم ان باع مال نفسه من اليتيم ما يساوي
عشرة بثمانية يكون خيرا لليتيم وان اشترى ما يساوي ثمانية بعشرة يكون خيرا
لليتيم هذا ولو باع الاب ماله من ولده الصغير واشترى لنفسه مال ولده
الصغير ان كان ذلك شرا للولد لا يجوز وان لم يكن شرا للولد جاز ولا يشترط
الخيرية والنفع للولد ويكفي فيه ان لا يكون شرا ولو اشترى الوكيل بالبيع او بالشراء
مال الموكل لنفسه او باع مال نفسه من موكله لا يجوز عندهم جميعا سواء
كان خيرا او شرا للموكل او للوكيل كذا في قاضيخان وفيه ايضا وصي اشترى لنفسه
شيئا من تركة الميت ان لم يكن للميت وارث لا صغير ولا كبير جاز وفي العمادية

مطلب اشتراء الوصي مال الصغير لنفسه يجوز

مطلب اشتراء الوكيل مال الموكل لنفسه لا يجوز

عن شرح الطحاوي الجد في شراء مال اليتيم من نفسه او بيع ماله من اليتيم بمنزلة الاب

مطلب هل يجوز شراء القاضي مال اليتيم لنفسه

بقي الكلام في بيع القاضي وشرائه مال اليتيم ففي العمادية القاضي لو باع مال اليتيم
من نفسه لا يجوز لانه انما يجوز من القاضي على وجه الحكم فلا يجوز حكمه لنفسه وفي
بيوع القنية لا يملك القاضي التصرف في مال اليتيم مع وجود الوصي ولو كان منصوبا
وذكر في الصغرى وقال عما ذكر في السير الكبير من عدم جواز بيع القاضي مال اليتيم من
نفسه محمول على قول محمد واما على قول ابي ح فينبغي ان يجوز وذكر في المنتقى مسئلة
شراء القاضي مال اليتيم لنفسه في موضعين ذكر في موضع انه لا يجوز وفي موضع آخر
انه بمنزلة شراء الوصي لنفسه حتى لو رفع الى قاض آخر ينظر فيه فان كان خيرا لليتيم
اجاز والا رده وفي قاضيخان عن الناطفي لا يجوز بيع القاضي مال اليتيم من نفسه
ولا بيع ماله من اليتيم وكذا لو زوج اليتيم من نفسه لا يجوز قلت وكذا من ابنه ذكره
في الصغرى بخلاف ما اذا اشترى مال اليتيم من وصيه او باع ماله من اليتيم وقبل الوصي
حيث جاز وان كان وصيا من جهة هذا القاضي هذا في بيع الوصي مال الصغير وهل
يجوز بيع الصغير المأذون ففي العناية والصبي المأذون والعبد المأذون له والمكاتب
يجوز بيعهم وشراؤهم ولو بالغبن الفاحش عند ابي ح لانهم يتصرفون بحكم المالكية
والاهلية لا بامر المولى والوصي لان الاذن فك فلم تكن تصرفهم نيابة عن احد بخلاف
الوصي فان تصرفه نيابة فيتقيد بالنفع والخيرية وله اي للوصي دفع المال اي مال
الصغير مضاربة وهل له ان يأخذه مضاربة ففي العمادية للوصي ان يدفع مال اليتيم
مضاربة وان يعمل به مضاربة وفي قاضيخان للوصي ان يأخذ مال اليتيم مضاربة اطلقه
فيشمل المضاربة الصحيحة والفاسدة وفيه تفصيل ففي البزازية للوصي ان يأخذ
مال اليتيم مضاربة وان اخذه على ان له عشرة من الربح فمضاربة فاسدة وان عمل
لا اجر له وهو مشكل فان المضاربة اذا فسدت يكون اجارة فاسدة والمنافع تتقوم
في الاجارة الفاسدة ويلزمه اجر المثل والجواب انه قد برهن على ان المنافع غير
غير متقوم وانه الاصل فيها فلو وجب الاجر لزم ايجاب المتقوم في غير المتقوم

المتقوم نظرا الى الاصل وانه لا يجوز في مال اليتيم والصغير والمتقوم بالعقد الصحيح
بالتقوم الدال عليه والنص لم يرد في الفاسدة والدائر في الصحيح لا يكون واردا
في الفاسد وحق الصغير انتهى وهل للاب ذلك ففي العمادية ان للاب ان يجعل

مطلب للاب ان يجعل مال الصغير مضاربة لا الاقراض

مال الصغير مضاربة عند نفسه وينبغي له ان يشهد على ذلك عند الابتداء ولو لم
يشهد يحل له فيما بينه وبين ربه ولكن القاضي لا يصدقه وكذلك اذا شاركه وراس
ماله اقل من مال الصغير فان اشهد يكون الربح على ما شرط وان لم يشهد يحل
ديانة ولا يصدقه القاضي ويجعل الربح على قدر راس المال وكذلك هذا كله في الوصي
انتهى ثم قال نقلا عن شرح الطحاوي لو تصرف الاب والوصي من مال الصغير
وظهر الربح ثم قال كنت مضاربة لا يكون له من الربح شيء الا ان يشهد
عند التصرف انه يتصرف بحكم المضاربة وهذا في ويحل له الربح ديانة وفي
آخر القنية اذا اخذ الوصي مال اليتيم مضاربة لنفسه هل يشترط التلفظ به
ام يكفيه النية لا رواية فيه منصوصا ولا جواب عن المتأخرين انتهى وشركة
وبضاعة لانه قائم مقام الاب وللاب ذلك فكذا للوصي وقبول الحوالة على
الاملاء اي اقدر على اداء الدين من المحيل المديون لا على الاعسر اي من المحيل
المديون لما فيه من الضرر للصغير وكذا لا يجوز لو كان الثاني اي المحال عليه
مثل الاول لا املأ منه كذا في قاضيخان ولا يجوز له اي للوصي ولا للاب الاقراض
في العمادية نقلا عن العدة الوصي لا يقرض مال اليتيم ومع هذا لو اقرض لا يكون
خيانة حتى لا يستحق به العزل والقاضي يقرض مال اليتيم وتكلموا في الاب

مطلب القاضي يملك اقراض مال الصغير والغائب

والاصح انه بمنزلة الوصي لان القاضي يملك الاسترداد ولا كذلك الاب والوصي
وفي موضع آخر منها وليس للوصي الذي نصبه القاضي ان يقرض مال اليتيم
وان اقرض كان ضامنا والاب لو اقرض من غيره قالوا لا يجوز لانه تبرع وبعضهم
جوزوا له القرض فانه يكون دينا على المستقرض ولو اودع جاز فكذا اذا
اقرض بالاولى والقاضي يملك اقراض مال اليتيم والغائب وذكر ظهير الدين

القاضي انما يملك اقراض مال اليتيم اذا لم يجد ما يشتري به يكون غلة لليتيم واما اذا
ذلك فلا يملك الاقراض بل يتعين عليه الشراء وكذا اذا وجد من يدفع اليه مضاربة
لا يملك الاقراض لان المضاربة انفع من القرض واختلفوا في الاب والصحيح انه بمنزلة
الوصي لا القاضي ويجوز للاب الاقتراض اي اخذ مال اليتيم قرضا لنفسه لا الوصي
اي لا يجوز للوصي اخذ مال اليتيم قرضا في العمادية ولو استقرض الوصي من مال
اليتيم لنفسه ضمن وعن محمد انه لا يضمن والاب لو فعل ذلك لا يضمن وفي فوائد صاحب
المحيط الوصي اذا استقرض مال اليتيم هل يصح ذكر شيخ الاسلام انه لا يملك ذلك
في قول ابي ح وذكر شمس الائمة ان فيه اختلاف المشايخ وقال بعضهم ان كان الوصي مليا
يملك والا فلا يملك والاصح انه لا يملك ولو قضى الوصي دين نفسه من مال الصغير
لا يجوز ولو فعل الاب ذلك يجوز وفي العمادية ايضا نقلا عن فوائد صاحب المحيط
الوصي اذا استقرض مال اليتيم وتصرف فيه وربح ثم انفق على اليتيم مدة من هذا
المال الذي تصرف فيه يكون متبرعا وليس له ان يأخذ بحساب ماله لانه صار ضامنا منكا
فلا يخرج عن العهدة ما لم يرفع الامر الى القاضي او الى منصوب القاضي وكذا المتولي
والله اعلم ولا يتجر في مال الصغير لنفسه لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة
في قاضيخان لا يجوز للوصي ان يتجر لنفسه مال اليتيم او الميت فان فعل وربح يضمن
راس المال ويتصدق بالربح في قول ابي ح ومحمد وعند ابي يوسف يسلم اليه الربح
ايضا ولا يتصدق بشيء من الربح وانما قلنا لنفسه لانه يجوز للوصي ان يتجر في مال
الصغير للصغير كما في قاضيخان وغيره ويجوز بيعه على الكبير الغائب غير العقار
لان الاب انما يلي ما سوى العقار دونه فكذا وصيه وهذا استحسان والقياس
ان لا يلي الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الغائب وجه الاستحسان
ان غير العقار يتسارع الفساد اليه واما العقار فمحصن بنفسه ولا يخفى
عليك ان هذا اذا لم يكن في التركة دين فان كان فيها دين فان كان مستغرقا
فله ان يبيع الجميع وان كان غير مستغرق يبيع بقدر الدين من المنقول والعقار

والعقار والزيادة عليه من المنقول بالاتفاق ومن العقار ايضا عند ابي ح
خلافا لهما وقد تقدم من قبل ووصي الاب احق بمال الصغير من جده فان لم
يوص الاب فالجد كالاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى ملك
الانكاح دون الوصي غير ان وصي الاب يقدم عليه في التصرف لانه اختاره
مع علمه بقيام الجد فيقدم عليه هذا قول محمد فانه اقام الجد ابا الاب
مقام الاب في التصرف في تركة الميت وفرق ابو ح بين وصي الاب وبين الجد
وقال يجوز بيع الوصي تركة الميت على الصغير لقضاء دين الميت ولا يجوز
ذلك للجد ففي قاضيخان اذا مات الرجل وترك اولادا صغارا وابا ولم يوص
الى احد كان الاب بمنزلة الوصي في حفظ التركة والتصرف فيها اي تصرف كان
وان كان على الميت دين كثير فاب الاب وهو جد الصغار لا يملك بيع التركة
لقضاء الدين وكذا الرجل اذا اذن لابنه الصغير المراهق الذي يعقل البيع
والشراء فتصرف الابن تصرفا وركبته ديون ثم مات هذا الابن وترك ابا فان
الاب لا يملك التصرف في تركته لقضاء الدين ووصي الميت اذا باع التركة لقضاء
الدين والدين غير محيط جاز بيعه عند ابي ح ولا يجوز عندهما وان لم
تكن في التركة دين ولكن في الورثة صغير فباع القاضي كل التركة نفذ بيعه
في قول ابي ح وفرق ابو ح بين الوصي واب الميت فقال لوصي الميت ان يبيع
التركة لقضاء الدين وينفذ الوصية فاما اب الميت وهو جد الاولاد
الصغار فليس له ان يبيع التركة على الاولاد الصغار لولده لاجل قضاء
الدين على الميت قال شمس الائمة الحلواني هذه فائدة يحفظ من الخصاف
واما محمد اقام الجد مقام الاب فقال اذا مات الرجل وترك وصيا وابا كان الوصي اولى
من الاب وان لم يكن له وصي فالاب اولى ثم وثم الى ان قال فوصي الجد ثم وصي القاضي
وذكر شمس الائمة الحلواني بقول الخصاف يفتى انتهى **فصل** شهد الوصيان
ان الميت اوصى الى زيد معهما اي جعله وصيا له معهما لا تقبل لانهما يجران نفعا

مطلب
الوصي اولى من الاب

لانفسهما باثبات المعين لهما فترد للتهمة فاذا ردت شهادتهما ضم القاضي اليهما
ثالثا لان في ضمن شهادتهما اقرارا منهما بوصي آخر معهما للميت واقرارهما حجة عليهما
فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه وجاز ذلك للقاضي مع وجود الوصي لامتناع
تصرفهما بدونه لاقرارهما عليهما الا ان يدعيه زيد اي يدعي انه وصي للميت معهما فحينئذ
تقبل شهادتهما استحسانا والقياس ان لا تقبل كالاول وجه الاستحسان انه يجب على القاضي
ان يضم اليهما ثالثا لما بيناه آنفا فسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون
وصيا معهما بنصب القاضي وكذا عطف على المستثنى منه اي لا تقبل لو شهد ابناء
الميت بان اباهم اوصى الى زيد لجرهم نفعا لانفسهم بشهادتهم بنصب حافظ للتركة
فصاروا متهمين وان ادعى المشهود له وهو زيد تقبل شهادتهم استحسانا كما ذكرناه
ولغت شهادة الوصيين بمال للصغير سواء كان ذلك المال منتقلا الى الصغير
من مال الميت المورث اولا ولذا اطلقه وكذا اي لغت شهادة الوصيين للكبير اي للوارث
الكبير في مال الميت قيده بمال الميت لان شهادتهما للكبير مقبولة في غير مال الميت
لانقطاع ولايتهما عن غير مال الميت لان الميت اقامهما مقام نفسه في تركته لا في غيرها
بخلاف ما اذا كان الوارث صغيرا حيث لا تقبل شهادتهما في الكل لان لوصي الاب التصرف
في مال الصغير جميعا من تركة الميت اولا فيكونان بشهادتهما متهمين في الكل لانهما يجران
نفعا لانفسهما في شهادتهما اعني اثبات الولاية لهما وكذا يجران لانفسهما ولاية الحفظ
وولاية بيع المنقول بشهادتهما للوارث الكبير في مال الميت عند غيبة الوارث فبينهما
فلا يقبل وصحت له اي للوصي لو قال لها لكان انسب في غيره اي في غير مال الميت
لما ذكرناه من انقطاع ولايتهما عنه هذا كله عند ابي حنيفة وعندهما تصح للكبير في الوجهين
اي في مال الميت وغيره لان ولاية التصرف لا يثبت للوصي في مال الميت اذا كان الوارث
كبيرا فلا تهمة في شهادتهما فتقبل والجواب ما ذكرناه من ان للوصي ولاية الحفظ
وبيع المنقول عند غيبة الوارث وشهادة الوصي على الميت جائزة اذ لم يكن في هذه
الشهادة جر نفع لنفسه لا له ولو كانت تلك الشهادة بعد العزل اي عزل الوصي

مطلب شهادة الوصي على الميت جائزة

الوصي عن الوصاية وان لم يخاصم لان الوصي لا ينعزل الا بعزل القاضي وذلك لا يكون الا
بعد ثبوت الوصاية عند القاضي فالوصاية لما اتصل بها القضاء صار الوصي خصما في حقوق
الميت الموصي على غرمائه فشهادته بعد العزل شهادة الخصم فلا يقبل وان لم يخاصم بالفعل
قال في الخلاصة والبزازية شهادة الوصي بحق للميت على غيره بعدما اخرجه القاضي عن
الوصاية قبل الخصومة او بعدها لا تقبل انتهى اقول هذه المسئلة مشكلة بما ذكره في
البزازية قبيل هذه المسئلة باسطر حيث قال وشهادة الوصي بعد العزل للميت ان خاصم
لا تقبل والا تقبل انتهى هذا بخلاف الوكيل فان الموكل لو عزله عن الوكالة بعد الخصومة
لا تقبل شهادته للموكل سواء كانت الوكالة عامة او خاصة وفيه تفصيل ففي الخلاصة
واما شهادة الوكيل للموكل فالوكالة خاصة او عامة اما الخاصة اذا وكل رجلا بطلب
الف درهم قبل رجل معين وبالخصومة فيها اذا خاصمه عند غير القاضي ثم عزل الوكيل
قبل الخصومة في مجلس القضاء ثم شهد بهذا الالف لموكله جاز شهادته عندهما
وعند ابي يوسف لا يجوز بناء على ان عنده بنفس الوكالة قام مقام الموكل فلو ان القاضي
جعله خصما ثم اخرجه الموكل من الوكالة فشهد له بعد ذلك بحق كان له يوم وكله
او حدث له بعد ذلك عليه قبل ان يخرجه من الوكالة لم يجز شهادته قال جعله وكيلا
فيما يحدث له بعد ذلك وفيه نظر لان المسئلة محفوظة فيما اذا وكله بالخصومة في كل حق له
وبقبضه قبل رجل معين وانه لا يتناول ما يحدث اما اذا وكله بطلب كل حق له قبل الناس
اجمعين فالخصومة تنصرف الى الحقوق القائمة يوم وكله والى ما يحدث ايضا فيحمل ذلك
على الوكالة العامة رجل وكل رجلا بالخصومة في كل حق له وقبضه من الناس مطلقا
او في مصر وقدم الوكيل رجلا واقام عليه البينة وجعله القاضي خصما ثم اخرجه الموكل
من الوكالة لم يجز شهادته له لا على هذا الرجل ولا على غيره ممن كان للموكل عليه حق
يوم وكله ولا مما حدث بعد ذلك على الناس الى يوم اخرجه من الوكالة قال في البزازية
وكله بالخصومة عند القاضي فخاصم المطلوب بالف درهم عند القاضي ثم اخرجه الموكل عنها
فشهد الوكيل ان للموكل على المطلوب مائة دينار تقبل ولو وكله عند غير القاضي فاشهد

مطلب لا تقبل شهادة الوكيل على الموكل بعد العزل

على الوكالة فخاصم المطلوب بالف وبرهن على الوكالة ثم عزله الموكل عنها فشهد له على المطلوب
بمائة دينار مما كان له عليه بعد القضاء له بالوكالة لا تقبل لان الوكالة لما اتصل بها القضاء صار الوكيل
خصما في حقوق الموكل على غرمائه فشهادته بعد العزل شهادة الخصم فلا تقبل بخلاف
الاول لان القاضي علم بوكالته وعلمه ليس بقضاء فلم يتصل القضاء بوكالته فلا يصير خصما فتقبل
في غير ما صار خصما بخلاف ما اذا اتصل القضاء بوكالته لانه صار خصما في جميع حقوقه وان
خاصمه في غير مجلس القضاء ثم عزله فشهد تقبل اتفاقا ولو جعله القاضي خصما
ثم اخرجه عنها فشهد بحق كان له يوم الوكالة او حدث له بعدها عليه قبل اخراجه عنها
لا تقبل لو كانت الوكالة عامة ولو كانت خاصة لا تقبل فيما كان له يوم الوكالة والحاصل
في الوكالة العامة بعد الخصومة لا تقبل شهادته لموكله على المطلوب ولا على غيره في الحقوق
القائمة يوم الوكالة ولا في الحادثة الا في الواجب بعد العزل انتهى ولو شهد رجلان لآخرين
بدين الف على ميت كل من اللام والباء وعلى متعلق بشهد والآخران اي ولو شهد الآخران
المذكوران اي المشهود لهما لان النكرة اذا اعيدت معرفة كان اللاحق عين السابق لهما
اي لرجلين سابقين اي الشاهدين بمثله اي بمثل الدين المذكور صحتا كل من الشهادتين
عند ابي ح ومحمد خلافا لابي يوسف وفي رواية الخصاف ان ابا ح مع ابي يوسف وجه القبول
ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة فيها ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء
دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة فيه ووجه الرد ان الدين بالموت يتعلق بالتركة
اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت
الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حياة المديون لانه في الذمة لبقائها
لا في المال فلا يتحقق الشركة والجواب عنه لا نسلم ان الدين ينتقل بالموت من الذمة الى التركة
الا ترى ان التركة لو هلكت لا يسقط الدين وان للوارث ان يستخلص التركة بقضاء الدين
من محل آخر فلا يتمكن الشركة بينهم ولو شهد كل فريق للآخر بوصية الف لا تقبل
فان حق الموصى له يتعلق بعين التركة حتى لا تبقى بعد هلاك التركة وليس للوارث ان
يستخلص التركة ويعطيه من محل آخر ولو قبض احد الفريقين شيئا من التركة كان

للفريق الآخر ان يشاركه فكان كل فريق في الوصية بثلث ماله صورتها لو شهد رجلان
لآخرين بوصية الف مرسلة او بوصية ثلث ماله وشهد المشهود لهما للشاهدين
المذكورين بمثل تلك الوصية لا تقبل لما ذكرناه ولو شهد احد الفريقين للآخر بوصية جارية
وشهد الفريق الآخر له اي للفريق الاول بوصية عبد صحت بالاتفاق اذ لا شركة فلا
تهمة وان شهد الفريق الآخر له اي للفريق الاول اي الشاهدين بوصية ثلثه لا تقبل
بالاتفاق لان هذه الشهادة تثبت شركة في المشهود به

كتاب الخنثى

لما فرغ من بيان احكام غالب الوجود ذكر احكام نادر الوجود عقبه هو من له ذكر
وفرج وهو تعريفه وعرّفه بعضهم بمن له آلة الرجال وآلة النساء معا او ليس
شيء منهما اصلا وهذا التعريف اعم مما ذكره المص وكلمة او في هذا التعريف
ليس للشك ولا للتشكيك بل للتقسيم والتنويع ثم شرع في بيان احكامه
مفرعا على تعريفه فقال فان بال من احدهما اعتبر به واعلم ان الاشتباه في
الخنثى المشكل حال الولادة اما بتعارض الآلتين او بفقدانهما جميعا فان وقع
الاشتباه بالتعارض فالحكم للمبال لان منفعة الآلة عند انفصال الولد من الام
خروج البول فهو المنفعة الاصلية للآلة وما سواه من المنافع تحدث
بعد ذلك فان بال من آلة الرجال فهو ذكر والآلة الاخرى زيادة خرق في البدن
وان بال من آلة النساء فهو نساء والآلة الاخرى كثلول في البدن روى محمد عن
ابي يوسف عن الكلبي عن ابن صالح عن ابن عباس انه صلى الله عليه وسلم لما
سئل كيف يورث مولود كذلك قال من حيث يبول وقد روي مثله عن علي
وجابر رضي الله عنهما وان وقع الاشتباه بفقدان الآلتين جميعا فقط قال محمد
هو عندنا والخنثى المشكل سواء وقال الشريف ومراده انه مات قبل ان يدرك
فيستبين حاله بنبات اللحية او بشهود الثدي وان بال منهما اعتبر الاسبق
لان السبق من اسباب الترجيح وذلك لانه لما خرج من احديهما حكم حال الخروج
بانه على تلك الصفة فلا يتغير هذا الحكم بخروجه من الاخرى كما اذا قام رجل بينة

على نكاح امرأة فقضى له بها ثم اقام آخر بينة اخرى لم يلتفت اليها وكذا اذا اقام
بينة على نسب مولود فحكم له به ثم ادعاه آخر واقام البينة لم يلتفت الى الثانى
وان استويا فى السبق اى لم يوجد سبق فى الخروج فهو مشكل عند ابى ح
حتى قال لا علم لى بذلك ولا اعتبار بالكثرة عنده خلافا لهما فلا يعتبر اكثرهما
بولا لان الكثرة تدل على زيادة القوة واذا استويا فى المقدار فلا علم لنا بذلك
قالوا ان الاعتراف بعدم العلم يدل على فقه الرجل وديانته فلا طعن على ابى ح وصاحبيه
فاذا بلغ صاحب الآلتين فان ظهرت بعض علامات الرجال من نبات لحية او قدرة
على الجماع بذكره او احتلام كالرجل تمثيل لكل من الجماع والاحتلام فرجل وان
ظهر بعض علامات النساء من حيض وحبل وانكسار ثدى ونزول لبن فيه
وتمكين من الوطى فامرأة عملا بالعلامات الظاهرة وان لم يظهر شئ
من العلامتين بعد البلوغ او تعارضت العلامتان الظاهرتان بعد البلوغ
فمشكل قال محمد الاشكال قبل البلوغ لتعارض الآلتين وقت الولادة فاذا بلغ
فلا اشكال لانه بعد البلوغ لا بد وان يظهر عليه بعض علامات الذكر او الانثى
من العلامات المذكورة من الطرفين فلا يبقى اشكال بعده واذا ثبت الاشكال
بعد البلوغ اى تقرر كما كان قبل البلوغ ولم يزل بظهور علامة اخذ فيه بالاحوط
فيصلى بقناع لاحتمال انه امرأة ويقف فى الصلوة خلف الامام بين صفى الرجال
والنساء فلو وقف فى صفهم اى الرجال يعيد الصلوة من لاصقه من الرجال
من جانبيه ومن عطف على من السابق بحذائه من خلفه وان وقف فى صفهن
اى صف النساء اعاد هو صلاته احتياطا لاحتمال انه رجل فلا يلبس حريرا ولا حليا
ويلبس المخيط فى احرامه ولا يكشف بدنه والمراد بالانكشاف هو ان يكون فى ازار
واحد لا ابداء موضع العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا كذا فى العناية وقال
فيها ايضا وهذه المسئلة تدل على ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى ذوات
المحارم لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز له التكشف

التكشف للخنساء فى ازار واحد انتهى وفيه نظر لانه انما لم يجز له التكشف
للنساء فى ازار واحد لاحتمال انه ذكر لا لعدم جواز نظر المرأة للمرأة مثل نظر الرجل
الى الرجل عند رجل الكل لاحتمال انه امرأة ولا امرأة لاحتمال انه رجل ولا يخلو
به غير محرم من رجل او امرأة لاحتمال انه امرأة ولا يسافر بلا محرم ولا تختنه
رجل ولا امرأة حتى يستبين امره انه رجل او امرأة بل تبتاع له امة تختنه
من ماله ان كان له مال والا اى وان لم يكن له مال فمن بيت المال ثم تباع الامة
ويوضع ثمنها فى بيت المال فان مات قبل ظهور حاله لا يغسل لان غسل الرجل
المرأة وعكسه غير ثابت بين الرجال والنساء فى الشرع فان النظر الى العورة
والحرمة لم تنكشف بالموت الا ان نظر الجنس الى الجنس اخف فلاجل الضرورة
ابيح نظر الجنس الى الجنس عند الغسل فاذا مات مشكلا لم يعرف له جنس
فتعذر غسله كمن تعذر غسله لعدم ما يغسل به فلا يغسل بل ييمم
بالصعيد كامرأة ماتت بين رجال او رجل مات بين النساء فانه ييمم بالصعيد
مع الخرقة ان يممه الاجنبى وبغيرها ان كان الميمم ذا رحم محرم من الميت
وينظر الميمم الى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز ان يكون امرأة
ولا يشترى جارية للغسل كما كان يفعل للختان لانه بعد الموت لا يقبل المالكية
فالشراء غير مفيد بخلاف الشراء للختان فانه فى حال الحياة وله اهلية المالكية
فيها ويكفن فى خمسة اثواب لاحتمال انه امرأة ولا يحضر بعد مراهقة غسل رجل
لاحتمال انه امرأة ولا امرأة لاحتمال انه رجل وندب تسجية قبره ويوضع الرجل
اى فى المصلى حين يصلى عليهم مما يلى الامام اى يقرب منه ثم يوضع هو اى الخنثى المشكل
ثم توضع المرأة ان صلى عليهم جملة اعتبارا بحال الحياة لانه يقوم بين صف
الرجال والنساء فى الحياة وله اى للخنثى اخس النصيبين من الميراث عند
الامام وهو قول ابى يوسف اولا والمراد به اقل نصيبى الذكر والانثى وهو نصيب
الانثى فان قيل لماذا لم يقل له نصيب الانثى اجيب بان نصيب الانثى قد يتساوى

نصيب الذكر كما في اولاد الام وقد يزيد عليه كما اذا تركت زوجا وأمّا واختا لأم وخنثى
لاب فالمسئلة من ستة وتصح منها اذا جعلت الخنثى ذكرا فللزوج نصفها وهو
ثلاثة وللأم سدسها وهو واحد ولولد الام سدس اخر فيبقى واحد وهو للخنثى
بالعصوبة لكونه اخا لاب وان جعلته انثى كان اختا لاب وح تعول المسئلة
الى ثمانية ثلاثة منها للزوج وواحد للام وواحد اخر للاخت لام وثلاثة اخرى
للخنثى لكونها صاحبة نصف ومن الظاهر ان ثلاثة من ثمانية اكثر من واحد من ستة
فان قيل فما فائدة التعبير باخس النصيبين دون اقل النصيبين اجيب بانه
لو لم يرد باقل النصيبين اخسهما اي اسوء حالتي الذكورة والانوثة
لا تشتبه الامر فيما اذا كان بحيث يورث في احدى الحالتين ويحرم في الاخرى كما
اذا تركت زوجا واختا لاب وام وخنثى لاب فانه اذا جعل انثى كان له سهم
من سبعة لان المسئلة تعول الى سبعة وان جعل ذكرا لم يكن له شيء فلما
اريد باقل النصيبين اخس الحالين اي اسوءهما كان الحكم شاملا لهذه
الصورة فانه يجعل ذكرا فلا يستحق شيئا فلو مات ابوه عنه اي عن الخنثى
وعن ابن فللابن سهمان وله سهم وهو نصيب الانثى مع الذكر فيقدر
انثى عنده في الميراث الا ان يتبين حاله بظهور احدى علامات الذكور بلا تعارض
فح يكون ذكرا وعند الشعبي وابن ابي ليلى والثوري له وهو مذهب ابن عباس واتفق
عليه الامامان ابو يوسف ومحمد لكنهما اختلفا في تخريجه على ما سنبينه له نصف
مجموع النصيبين اي نصيب ذكر ونصيب انثى روى محمد عن الشعبي انه سئل
عن ميراث الخنثى فقال له نصف حظ الذكر ونصف حظ الانثى بناء على ان المنازعة
التي بينه وبين باقي الورثة فانه يقول انا ذكر ولي نصيب الذكورة وهم يقولون انت
انثى ولك نصيب الانوثة فيدفع اليه نصف النصيبين باعتبار الحالتين اذ
لا يمكن ترجيح احديهما على الاخرى فيجب ان يعمل بهما بقدر الامكان فاجيب بان العمل
بها جمع بين صفتين متضادتين وهو محال فوجب العمل بالاقل وهو قول ابي حنيفة وهو

وهو اي نصف النصيبين وهذا شروع الى بيان اختلاف ابي يوسف ومحمد في تخريج
قول الشعبي ثلاثة من سبعة عند ابي يوسف واربعة اخرى منها للابن في المثال
المذكور بيانه ان ابا يوسف اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة انفراده فان
الذكر لو كان وحده كان له كل المال لانه عصبة الميت وهو منفرد والخنثى لو كان وحده
فان كان ذكرا كان له كل المال لكونه ابن الميت وان كان انثى كان له نصف المال لانه
سهم البنت عند الانفراد هو النصف فهذا اي استحقاق الخنثى عند الانفراد للكل
على تقدير وللنصف على تقدير متيقن ولا ترجيح لاحد التقديرين على الاخر فيأخذ
نصف مجموع النصيبين عملا بالتقديرين مهما امكن وهو ثلاثة ارباع المال وللابن
كل المال كما عرفت فيجعل كل ربع سهما فبلغ سبعة اسهم للابن اربعة وللخنثى
ثلاثة وانما كان كذلك لان الابن لما استحق الكل عند الانفراد واستحق الخنثى ثلاثة
ارباعه عند الانفراد فلا بد لنا عند الاجتماع من مخرج الكل وثلاثة ارباع وليس للمال
كل وثلاثة ارباع فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه بطريق العول اي البسط الى الكسر
فبلغ سبعة ارباع فيجعل كل ربع سهما اربعة للابن ثلاثة للخنثى هذا بيان
تخريج ابي يوسف ثم اشار الى بيان تخريج محمد بقوله وخمسة عطف على قوله ثلاثة
من اثني عشرة عند محمد قال المال بينهما على اثني عشر سهما سبعة للابن وخمسة
للخنثى لانه اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة الاجتماع فقال لو كان الخنثى ذكرا كان المال
بينهما نصفين ولو كان انثى كان اثلاثا ثلثاه للابن وثلثه للخنثى فالمسئلة على تقدير
ذكورته من اثنين وعلى تقدير انوثته من ثلاثة ولا موافقة بين المسئلتين بل مباينة
فيضرب احديهما في الاخرى فبلغ ستة للخنثى على تقدير انوثته سهمان وعلى تقدير
ذكورته ثلاثة فله نصف النصيبين وليس للثلاث نصف صحيح فيضرب الست في
اثنين يبلغ اثني عشر فيكون للخنثى ستة على تقدير ذكورته واربعة على تقدير انوثته
فيأخذ نصف النصيبين وهو خمسة لان نصف الستة ثلاثة ونصف الاربعة اثنان
وهو يعتبر الاحوال في كل حادثة في حق الخنثى وفي حق غيره ايضا من الورثة حتى يأخذ

كل واحد من الورثة نصف ما يصيبه على التقديرين الا ترى ان الابن ياخذ في هذه المسئلة
سبعة لان نصيب الابن على تقدير ان الخنثى ذكر ستة وعلى تقدير انه انثى ثمانية فنصف
النصيبين سبعة. هذا ولو كان معهما في المسئلة المذكورة بنت فعند ابي يوسف
تكون المسئلة من تسعة لان نصيب البنت النصف حالة انفرادها ونصيب الابن الكل حالة
انفراده ونصيب الخنثى ثلاثة ارباع عند انفراده كما تقدم فلا بد لنا من مخرج للانصباء
الثلاث عند الاجتماع فيجعل كل ربع سهما فبلغ تسعة. اربعة للابن واثنان للبنت وثلاثة
للخنثى وعند محمد للخنثى في هذه المسئلة خمس وثمن لانه على تقدير انه ذكر له خمسان
فله نصفه وهو الخمس وعلى تقدير انه انثى كان له ربع فله نصفه وهو الثمن فمخرج
الخمس من خمسة ومخرج الثمن من ثمانية وليس بينهما موافقة فيضرب احدهما في الاخر
فبلغ اربعين ومنها تصح المسئلة فللخنثى خمسها وهي ثمانية وثمنها وهي خمسة فاجتمع
له ثلاثة عشر سهما وللبنت على تقدير ذكورية الخنثى الخمس وهي ثمانية وعلى تقدير انوثيته
الربع وهي عشرة فيكون لها نصف النصيبين وهو تسعة لان نصف الثمانية اربعة
ونصف العشرة خمسة فمجموع النصفين تسعة وللخنثى على تقدير ذكوريته خمسان
وهي ستة عشر وعلى تقدير انوثته ربع وهي عشرة فيكون له نصف النصيبين
ثلاثة عشر وللابن خمسان على تقدير ذكورية الخنثى وهي ستة عشر ونصف على تقدير
انوثته وهي عشرون فله نصف النصيبين ثمانية عشر ولا يخفى عليك ان في تلخيص محمد اشارة
الى اختياره وذلك لان الكل متفقون على تقليل نصيب الخنثى وما ذهب اليه محمد اقل مما ذهب
اليه ابو يوسف بسهم من اربعة وثمانين سهما وطريق معرفته ان يضرب السبعة في
المثال المذكور في اثني عشر حيث لا موافقة بينها يبلغ المجموع اربعة وثمانين ثم اضرب
حصة من كان له شيء من السبعة في اثني عشر وحصة الخنثى منه ثلاثة فاضربه
في اثني عشر يبلغ ستة بستة وثلثين واضرب حصة من كان له شيء من اثني عشر في السبعة
والخنثى منه خمسة فاضربه في سبعة يكون خمسة وثلثين فظهر ان التفاوت بسهم
من اربعة وثمانين كذا في العناية واعلم ان الفتوى في مسئلة الخنثى على قول ابي حنيفة وصاحباه

وصاحباه وان خرجا قول الشعبي على الوجه المذكور لكنهما لم ياخذا قوله كما صرح به
في الزيلعي والعناية واحتج ابو حنيفة بان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء لانه لا بد من
بيان سبب استحقاقه بالذكورة والانوثة ولا شيء منهما بمعلوم واثبات المال ابتداء
بدون سبب محقق غير مشروع فلا بد من البناء على المتيقن والاقل وهو ميراث الانثى
متيقن فاوجبناه كما اذا كان اثباته بطريق اخر فانه يؤخذ بالمتيقن به دون المشكوك
الى ان يقوم الدليل على الزايد فان من قال لفلان على دراهم يحكم بالثلاثة حتى يقوم
الدليل على الزايد لكون الاول متيقنا به دون الزايد لا يقال سبب استحقاق الميراث
هي القرابة وهي ثابتة في الخنثى والجهالة وقعت في المقسم بقاء فلا يمنع الوجوب
لانا نقول ليس الكلام في استحقاق اصل الميراث وانما هو في استحقاق المقدار وسببه
الذكورة او الانوثة ولا شيء منهما بمتيقن به فيما نحن فيه كذا في العناية. ولو قال سيده كل
عبد لي حر وكل امة لي حرة هكذا وقع في النسخ التي عندنا بكلمة واو الجمع وهو خطأ
والصواب انه بكلمة او التشكيكية سقطت من قلم الناسخ كما سيظهر لك لا يعتق
ما لم يستبن حاله انه ذكر او انثى لان الحنث لا يثبت بالشك بخلاف ما لو قال كل
عبد لي حر وكل امة لي حرة بكلمة واو الجمع فانه يعتق للتيقن باحد الوصفين لانه
ليس بمهمل كذا في الزيلعي ولو قال الخنثى بعد تقرر اشكاله انا ذكر او انثى لا يقبل قوله
لانه دعوى بلا دليل كذا في الهداية والزيلعي وقال في النهاية نقلا عن الذخيرة اذا قال
الخنثى المشكل انا ذكر او انثى كان القول قوله لان الانسان امين في حق نفسه والقول
قول الامين ما لم يعرف خلافه ما قال كالمعتدة اذا قالت انقضت عدتي وانكر الزوج
كان القول قولها ما لم يعرف خلاف قولها بان قالت ذلك في مدة لا تنقضي في مثلها
العدة انتهى وقبله اي قبل تقرر اشكاله يقبل لان الانسان امين في حق نفسه ما لم
يعلم خلاف ما قال ومنه يعلم التوفيق بين ما ذكره في الهداية والزيلعي وبين ما ذكره في النهاية
بان يحمل ما ذكره في الهداية على ما قبل تقرر الاشكال **مسائل شتى** كتابة الاخرس
اي الممنوع من الكلام خلقة وايماؤه اي اشارته بما يتعلق بكل من الكتابة والايماء

مطلب بيان احكام الاخرس

على وجه التنازع يعرف به قيد به لان ما يجيء من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين
احدهما يكون ذلك منه دلالة للانكار كما اذا حرك رأسه عرضا مثلا والثاني ما يكون
ذلك منه دلالة للاقرار كما اذا حرك رأسه طولا فانه كان ذلك معهودا منه في نحو راجع
الى ما اقراره بنحو متعلق بالاقرار تزوج وطلاق وبيع وشراء ووصية وقود خبر كتابة
قال في فتح القدير صورة النكاح بالكتاب ان يكتب اليها يخطبها فاذا بلغها الكتاب احضرت
الشهود وقرأته عليهم وقالت زوجت نفسي منه او تقول ان فلانا كتب الي يخطبني فاشهدوا
اني زوجت نفسي منه اما لو لم تقل بحضرتهم سوى زوجت نفسي من فلان لا ينعقد النكاح
لان سماع الشطرين شرط صحة النكاح وباسماعهم الكتاب او التعبير عنه منها قد سمعوا
الشطرين بخلاف ما اذا انتفيا ومعنى الكتاب بالخطبة ان يكتب زوجني نفسك فاني
رغبت فيك ونحوه ولو جاء الزوج بالكتاب الى الشهود مختوما فقال هذا كتابي الى فلانة
فاشهدوا على بذلك لم يجز في قول ابي ح حتى يعلم الشهود ما فيه وجوزه ابو يوسف
من غير شرط اعلامهم بما فيه واصله كتاب القاضي الى القاضي قال في المصفى هذا اذا كان
بلفظ التزوج اما اذا كان بلفظ الامر كقوله زوجني نفسك مني لا يشترط اعلامها
الشهود بما في الكتاب لانها تتولى طرفي العقد بحكم الوكالة ونقله من الكامل قال
وفائدة الخلاف فيما اذا جحد الزوج الكتاب بعدما اشهدهم عليه من غير قراءة عليهم
واعلامهم بما فيه وقد قرأ المكتوب اليه الكتاب عليهم وقبل العقد بحضرتهم فشهدوا
ان هذا كتابه ولم يشهدوا بما فيه لا تقبل هذه الشهادة عندهما ولا يقضي بالنكاح
وعنده يقبل ويقضي به اما الكتاب فصحيح بلا اشهاد وهذا الاشهاد لهذا وهو ان
تتمكن المرأة من اثبات الكتاب عند جحود الزوج الكتاب كذا في الاشباه قال محمد ان الكتاب
من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر الا ان الكتاب من الغائب مع الخطاب والحاضر
يفترقان من وجه فان الحاضر اذا خطبها فلم تجبه في مجلس الخطاب واجابته في مجلس آخر
لا يصح النكاح واذا بلغها الكتاب وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في ذلك
المجلس وانما زوجت نفسها منه في مجلس آخر بين يدي الشهود وقد سمع الشهود

الشهود كلامها وما في الكتاب ايضا يجوز النكاح واذا بلغها الكتاب فقالت زوجت
نفسي من فلان وكان ذلك بمحضر من الشهود لا ينعقد النكاح وان بلغ الخبر واجاز
عند ابي ح ومحمد لان سماع الشهود كلام العاقدين شرط انعقاد النكاح فالشهود
وان سمعوا كلامها لم يسمعوا كلام الزوج كذا في الخلاصة واما وقوع الطلاق والعتاق
بالكتابة ففي البزازية الكتابة من الصحيح والاخرس على ثلاثة اوجه ان كتب على
وجه الرسالة مصدرا معنونا وثبت باقراره او بالبينة فكالخطاب وان قال لم
انو به الخطاب لم يصدق قضاء وديانة وفي المنتقى انه يدين ولو كتب على شيء
يستبين عليه اثر الخط كالجدار والاوراق والالواح امرأته طالق او عبده حر
ان نوى صح والا فلا ولو كتب على الهواء او الماء لم يقع شيء وان نوى وان كتب امرأته
طالق فهي طالق بعث اليها اولا وان كان المكتوب ان وصل اليك فانت كذا فما لم
يصل لم تطلق وان ندم ومحى من الكتاب ذكر الطلاق وترك ما سواه وبعث
اليها فهي طالق اذا وصل ومحوه الطلاق كرجوعه عن التعليق وانما يقع اذا
بقي ما سمي كتابة او رسالة فان لم يبق هذا القدر لا يقع وان محى الخطوط كلها
وبعث اليها البياض لا تطلق لان ما وصل ليس بكتاب ولو جحد الزوج الكتاب
واقامت البينة عليه انه كتبه بيده فرق بينهما في القضاء انتهى واما وقوع
البيع والشراء بالكتابة ففي فتح القدير صورة الكتاب ان يكتب اما بعد فقد
بعت عبدي منك بكذا فلما بلغه وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس وما في
المبسوط من تصويره بقوله بعني بكذا فقال بعت ليس مراده الا الفرق بين
البيع والنكاح في شرط الشهود وقيل بل يفرق بين الحاضر والغائب فبعني من
الحاضر استيام ومن الغائب ايجاب انتهى واما الوصية بالكتابة ففي شهادات
قاضيخان رجل كتب صك وصية وقال للشهود اشهدوا بما فيه ولم يقرأ وصيته
عليهم قال علماؤنا لا يجوز للشهود ان يشهدوا بما فيه وقال بعضهم وسعهم
ان يشهدوا والصحيح انه لا يسعهم ان يشهدوا انما يحل لهم ان يشهدوا باحد

مطلب شرط سماع الشهود كلام العاقدين وبيان وقوع الطلاق والعتاق بالكتابة

مطلب الوصية بالكتابة

معان ثلاث اما بان يقرأ الكتاب عليهما او كتب الكتاب غيره وقرأ الكتاب عليه
بين يدي الشهود فيقول هو لهما اشهدوا علي بما فيه او يكتب هو بين يدي الشاهد
والشاهد يعلم بما فيه ويقول اشهدوا علي بما فيه وان كتب بين يدي الشهود صكا
وعرفا لشاهد ما كتب فيه ولم يقل هو اشهدوا علي بما فيه لا يسعه ان يشهد عليه
قال ابو علي النسفي هذا اذا لم يكن الكتاب مكتوبا على الرسم فان كان مكتوبا
على الرسم وكتب بين يدي الشهود والشاهد يعلم ما في الكتاب وسعه ان يشهد
وان لم يقل له الكاتب اشهد علي بما فيه وانه حسن اشار اليه محمد في كتاب النكاح
وهكذا روي عن ابي حنيفة في النوادر وتمامه في قاضيخان فليراجع وقال في الهداية اذا
قرئ على الاخرس كتاب وصية فقيل له انشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومى

مطلب الاقرار بالكتابة

برأسه اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك بما يعرف انه اقرار فهو جائز انتهى واما الاقرار
بالكتابة ففي اقرار البزازية كتب كتابا فيه اقرار بين يدي الشهود فهذا على اربعة
اقسام ثم بين الاقسام الاربعة بما لا مزيد عليه فليراجع هذا بيان الكتابة من الاخرس
ومن غيره اما الاشارة من الاخرس ففي الاشباه الاشارة من الاخرس معتبرة وقائمة
مقام العبارة في كل شيء من بيع واجارة وهبة ورهن ونكاح وطلاق وعتاق وابراء
اقرار وقصاص الا في الحدود ولو حد قذف وهذا مما خالف فيه القصاص الحدود وفي
رواية ان القصاص كالحدود هنا فلا يثبت بالاشارة وتمامه في الهداية عليه اي
يقتص منه ان كان قاتلا وله اي يقتص له قاتله كالبيان خبر لقوله كتابة الاخرس
وفي طلاق فتح القدير ان المراد من الاشارة التي يقع بها طلاق الاخرس الاشارة
المقرونة بتصويت منه لان العادة منه ذلك فكانت بيانا لما اجمله الاخرس وفي كلامه
اشارة الى ان الاشارة من الاخرس معتبرة وان كان قادرا على الكتابة وقيل انما تعتبر
اشارته اذا لم يقدر على الكتابة لان الاشارة حجة ضرورية ولا ضرورة عند القدرة
على الكتابة والصحيح هو الاول لان كل واحد منهما حجة ضرورية ففي الكتابة زيادة
بيان لم يوجد في الاشارة لان قصد البيان معلوم حسا وفي الاشارة زيادة

زيادة اثر لم يوجد في الكتابة لان الاصل في البيان هو الكلام والاشارة اقرب
اليه ولا يحد الاخرس لقذف ولا غيره اي لو اقر الاخرس بالاشارة او بالكتابة
بما يوجب حد القذف او حد الشرب او حد الزنا والسرقة لا يحد لان الحدود مما يندرئ
بالشبهة لكونها حقوق الله الخالصة وفي الثبوت بالاشارة او الكتابة شبهة لعدم
صريح اللفظ وكذا لا يحد من قذف الاخرس لما فيه من الشبهة ايضا ومعتقل اللسان

مطلب احكام معتقل اللسان

على صيغة اسم المفعول يقال اعتقل لسانه بضم التاء على صيغة المفعول اذا احتبس
عن الكلام ولم يقدر عليه من المرض او من غيره ان امتد به ذلك اي اعتقاله وحد
الامتداد سنة على ما ذكره التمرتاشي وقال الحاكم ابو محمد رواية عن ابي حنيفة انه قال
ان دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه
لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى
كذا في الكفاية وعلمت اشارته فهو كالاخرس فيجوز اقراره بالاشارة والكتابة
والاشهاد عليه والا اي وان لم يمتد اعتقاله بالمعنى المذكور فلا يكون كالاخرس
بل يكون كالناطق فلا يعتبر اقراره بالاشارة والكتابة بل يعتبر بالعبارة
واعلم ان اشارة غير الاخرس ومعتقل اللسان الذي دام اعتقاله غير معتبرة
الا في الكفر والاسلام والنسب والافتاء ورواية الحديث وامان الكافر
والطلاق اذا كان تفسيرا للمبهم كما لو قال انت طالق هكذا واشار
بثلاث وقعت بخلاف ما اذا قال انت طالق واشار بثلاث لم يقع الا

مطلب كتابة الغائب هل يكون حجة

واحدة كذا في الاشباه والكتابة من الغائب ليست بحجة عند عامة
العلماء لانها قد يكون للتجربة لا للاقرار وقال بعضهم انها حجة كما في اقرار
البزازية اذا كتب للغائب على وجه الرسالة اما بعد فلك علي كذا يكون
اقرارا لان الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر ويكون متكلما والعامة
على خلافه لان الكتابة قد يكون للتجربة وفي حق الاخرس يشترط ان يكون
معنونا مصدرا وان لم يكن الى الغائب وتمامه فيها وقال في الهداية اما الكتابة

فلانها من نائي بمنزلة الخطاب ممن دنى الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم قد ادى
التبليغ مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغائب هو العجز
وهو في الاخرس اظهر والزم انتهى فعلم منه ان الكتابة تكون حجة من الغائب
ولعله اشار اليه بقوله وقالوا اي بعض العلماء الكتابة اما مستبين اي ظاهر
الاثر على الورق مرسوم معنون اي مصدر بالعنوان وهو ان يكتب في صدره
من فلان الى فلان على ما جرت به العادة وهو اي هذا القسم من الكتابة كالنطق
في الحاضر والغائب فتكون حجة واما مستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار
وورق الشجر او الكاغد وينوي فيه اي يطلب منه البينة ان كان نوى يعتبر والا فلا
قال في الزيلعي الكتابة على هذا الوجه لا يكون حجة الا بانضمام شيء اخر اليه كالنية
والاشهاد عليه والاملاء على الغير حتى يكتبه لان الكتابة قد يكون للتجربة وقد يكون
للتحقيق وبهذه الاشياء تتعين الجهة وقيل الاملاء من غير اشهاد لا يكون حجة والاول
اظهر انتهى واما غير مستبين كالكتابة على الهواء او الماء لا عبرة به وان نوى
واذا اختلطت الذكية اي المذبوحة بميتة كانت اقل منها اي من المذبوحة
تحرى واكل لان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى ان
اسواق المسلمين لا يخلو عن المحرم والمغصوب ومع ذلك يباح الانتفاع
اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن التحرز عنه فسقط اعتباره دفعا
للحرج كقليل النجاسة في البدن او الثوب والا اي وان لم تكن الميتة اقل
من الذكية بل اكثر منها او مساويا لها فلا تؤكل حالة الاختيار لانه لا ضرورة
اليه فيمكنه الاحتراز حالة الاختيار ويتحرى عند الاضطرار فيأكل ما يقع
تحريه انه طاهر فان قيل ما الفرق هذا وبين الثياب فان المسافر اذا كان
معه ثوبان احدهما نجس والاخر طاهر فقد جوز التحري هنا فيما اذا كان
النجس والطاهر نصفين وفي الذكية والميتة لم يجوز اجيب بان الفرق
ان حكم الثياب اخف من غيرها لان الثياب لو كانت كلها نجسة كان له

مطلب احكام اختلاط المذبوحة والميتة

ان يصلي في بعضها ثم لا يعيد صلوته لانه مضطر الى الصلاة فيها
بخلاف ما نحن فيه اذا احرق راس الشاة المتلطخ بدم وزال دمه
فاتخذ منه مرقة جاز اكله والحرق كالغسل بالماء لان النار اما مزيلة لما
فيها من النجاسة باكلها حتى لا يبقى شيء منها او محيلة فيصير الدم رمادا
فيطهر بالاستحالة وكل من الازالة والاستحالة مطهر كالغسل ولهذا لو
احرقت العذرة وصارت رمادا تصير طاهرا بالاستحالة والخمر اذا تخلل
يصير طاهرا بالاستحالة والخنزير اذا وقع في المملحة وصار ملحا كان طاهرا
والتنور اذا تنجس يطهر بالنار حتى لا يكون الخبز نجسا ولو جعل السلطان
الخراج لرب الارض جاز عند ابي يوسف وعليه الفتوى وقال ابو ح ومحمد
لا يجوز لانه فيء لجماعة المسلمين ولابي يوسف ان صاحب الخراج له حق في
الخراج فيجوز تركه له ويكون ذلك صلة من الامام بخلاف العشر فانه لا يجوز
تركه لرب الارض بالاتفاق لان العشر حق الفقراء على الخلوص كالزكاة
فلا يجوز تركه عليه ولو دفع السلطان الاراضي المملكة الى قوم ليعطوا
الخراج جاز قال في البزازية تفسير اراضي المملكة اما ان يكون اراضي
لا مالك لها فيعطيها الامام لرجل ليقوم عليها كالمالك ويعطي الخراج
والثاني ان المالك اذا عجز عن اداء الخراج يعطيها الامام لرجل ويقوم مقام
المالك في اعطاء الخراج والزراعة ولا يملك هو اي هذا الرجل البيع لان الامام ما
ملكها وانما اقامه مقام المالك في امر خاص يكتفي باخذ الخراج من نصيب الدهقانية
وكذا الامام يواجرها ويأخذ الخراج من الاجرة ولو باع واعطى الثمن للمالك واخذ
الخراج من المشتري جاز قيل جواز البيع قولهما وقيل قول الكل انتهى وقال في
قاضيخان اذا عجز صاحب الارض ولم يجد ما ينفق في عمارتها يدفعها الامام الى
غيره مزارعة بالنصف او الثلث او الربع وتكون الغلة لصاحب الارض يؤدى
عنها الخراج ويمسك ما بقي وان لم يجد الامام من يأخذها مزارعة يواجرها

مطلب والحرق كالغسل في التطهير

مطلب اعطاء السلطان الخراج لرب الارض جائز لا العشر

الامام فيكون الاجر لصاحب الارض يؤدى عنه الخراج وان لم يجد من يستاجرها
يبيعها فيكون الثمن لصاحب الارض يؤدى عنه ويمسك الفضل وان لم يجد من
يشترى يدفع اليه من بيت المال مقدار ما ينفق في عمارة الارض قرضا لان الامام
مأمور بتثمير مال بيت المال باى وجه يتهيأ له قالوا هذا قول ابى يوسف ومحمد
اما على قول ابى ح لا يبيع ولا يواجر لان ذلك حجر عليه وعنده الحجر على الحر العاقل البالغ
باطل وكذا قرية فيها اراضى ملك اربابها او غابوا عنها وعجز اهل القرية على خراجها
فارادوا التسليم الى السلطان فان السلطان يفعل ما قلنا انتهى ولا يخفى عليك
ما بينهما من المخالفة حيث قال في البزازية في صورة البيع ان السلطان يأخذ الخراج
من المشترى وقال في قاضيخان في تلك الصورة ان صاحب الارض يؤدى الخراج من ثمنها
ويمسك فضله ويمكن التوفيق بينهما بحمل مراد البزازية على الخراج الآتية في
السنة المستقبلة ويحمل مراد قاضيخان على الخراج الباقية في ذمة المالك للسنين
الماضية ويدل على هذا التوفيق ما ذكره الزيلعي فانه قال اذا باعها الامام يأخذ
الخراج للسنين الماضية من الثمن ان كان عليهم خراج ويرد الفضل الى اصحابها انتهى
وانما جاز بيع الامام عند عدم وجدان من يستاجرها لانه لو لم يبعها لفات حق المقاتلة
في الخراج اصلا ولو باعها يفوت حق المالك في العين فقط لا في الثمن والفوات
الى خلف كلا فوات فيبيع تحقيقا للنظر من الجانبين وليس له ان يملكها بغير عوض
واطلاق المص يشمل الوجوه المذكورة كلها وتفصيل الاراضى سبق في باب العشر
والخراج ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين عن اى يوم بان قال نويت قضاء
صوم على من رمضان هذا صح نيته سواء كان عليه صوم يوم او يومين او اكثر ويقع
عن صوم يوم لان تعيين اليوم في النية ليس بشرط في الجنس الواحد وصوم رمضان واحد
جنس واحد وهو شهود الشهر وكذا لو كان عليه صوم يوم بعينه وصام بنية يوم آخر صح
نيته ووقع عن صوم ذلك اليوم ولا يضره الخطأ في التعيين ولو نوى عن رمضانين فلا
يصح في الاصح لاختلاف السبب لان كل رمضان سبب على حدة فلا يقع عن واحد منهما

مطلب تعيين اليوم في قضاء رمضان غير لازم

منهما وكذا لو كان عليه قضاء صوم هذه السنة ونوى عن صوم سنة اخرى لا يصح
لاختلاف السبب وقيل يصح عن رمضانين ايضا وكذا في قضاء الصلوة لو نوى ظهرا
عليه مثلا اى لا يصح بلا تعيين ظهر يوم لان الصلوة كلها من قبيل مختلف الاسباب
حتى الظهر من يومين والعصر من يومين ولم ينوا ول ظهر او آخر ظهر او ظهر يوم
كذا ولو نوى اول ظهر او آخر ظهر صح لان الصلوة كما تعينت بتعيين اليوم كذلك
الوقت يتعين بكونه اولا او آخرا وقيل يصح فيهما اى في صورة النية عن رمضانين
وفي قضاء الصلوة ولو ابتلع الصائم بزاق غيره فان كان حبيبه لزمه الكفارة
لان طبعه لا يكره بزاق حبيبه فيكون كالثريد والخبز في ميل الطبع اليه والا اى وان
لم يكن بزاق حبيبه فلا كفارة عليه بل عليه القضاء لدخوله في بطنه ولا كفارة
لتنفر طبعه عنه وقتل بعض الحجاج عذر في ترك الحج لعدم امن الطريق وهو معتبر
في الاستطاعة ومن قال لامرأة عند شاهدين تو اى انت اداة خطاب زن من
تركيب اضافى شدى اى كن امرأتى فقالت المرأة شدم اى كنت امرأتك لا ينعقد
النكاح بينهما ما لم يقل الرجل قبول كردم لانه لم يوجد القبول من الرجل ولو قال
خويشتن را زن من كردا نيدى هذا طلب التزوج فقالت كردانيدم هذا ايجاب
من المرأة فقال پذيرفتم هذا قبول من الرجل ينعقد النكاح لوجود الايجاب والقبول
من الطرفين ولو قال الرجل دختر خويشتن را اى بنتك پسر من اى لابنى ارزانى
بمعنى اللائق داشتى فقال الرجل داشتم لا ينعقد لان بهذا اللفظ لا يوجد القبول
ما لم يقل پذيرفتم ولو منعت المرأة زوجها من الدخول عليها وهو سكن معها في بيتها
كانت ناشزة فلا تجب عليه نفقتها للنشوز ولو سكن الزوج في بيت الغصب اى المغصوب
فامتنعت منه فلا تكون ناشزة لان السكنى فيه حرام فتكون هى محقة ولهذا وجب
اعادة الصلوة التى صليت فيه ولو قالت لا اسكن مع امتك واريد بيتا على حدة فليس
لها ذلك لانه لا بد له ممن يخدمه فلا يمكن المنع من ذلك فتكون هى متمردة في المنع عن
ذلك ولو قالت مرا طلاق ده اى طلقنى فقال الزوج داده گرا وكرده گيرا وداده

مطلب تعيين اليوم في قضاء الصلوة لازم

مطلب ابتلاع الصائم بزاق حبيبه توجب الكفارة

مطلب في النكاح بالفارسية

باوا وكرده باد ان نوى الطلاق يقع والا فلا لان هذه الالفاظ من كنايات الطلاق
فلا يقع بدون النية ولو قال داده است او كرده است يقع وان لم ينو لانه للطلاق
فلا تحتاج الى النية ولو قال داده انگار لا يقع وان نوى لانه وعد محض ولو قال وى مرا نشايد
تا قيامت او هم عمر لا يقع الا بالنية لانه من جملة كنايات الطلاق ولو قال لها حيلة زنان
كن فهو اقرار بالطلاق الثلث ولو قال حيلة خويشتن كن فلا ولو قالت له كابين
ترا بخشيدم مرا چنگ باز دار فان طلقها سقط المهر والا فلا ولو قال لعبده يا مالكى
او لامته انا عبدك لا يعتق لانه ليس من صريح العتق ولا من كناياته فيكون كذبا بخلاف
ما لو قال يا مولاى فانه يعتق لان الحقيقة ينبئ عن ثبوت الولاء على العبد وذلك
بالعتق فيعتق لانه يمكن اثباته من جهته بخلاف يا مالكى وانا عبدك لان حقيقته
تنبئ عن ثبوت الملك للعبد على المولى وذلك لا يمكن اثباته من جهة المولى لا مقصودا
لعدم قدرته عليه ولا مقتضى لان من شرطه ان يثبت المقتضى فيثبت في ضمنه المقتضى
وثبوت المقتضى وهو الملك متعذر لما ذكرنا فلا يثبت المقتضى بدونه ولو دعى الى
فعل فقال بر من سوكند است كه اين كار نكنم اى لم افعل فهو اقرار باليمين بالله
تعالى وان قال بر من سوكند است بطلاق فاقرار بالحلف بالطلاق فان قال
قلت ذلك كذبا لا يصدق لان ظاهر اللفظ يكذبه وكذا لو قال مرا سوكند خانه است
كه اين كار نكنم ولو قال المشترى للبايع بعد البيع بها باز ده فقال البايع بدهم
يكون فسخا للبيع لان قول المشترى يتضمن فسخ البيع وقول البايع يتضمن القبول
العقار وهو في عرف الفقهاء اسم للعرصة المبنية كما ذكره في اخر الفصل الثاني عشر
من العمادية وفرق بينه وبين الضيعة حيث قال ان العقار اسم للعرصة المبنية
والضيعة اسم للعرصة لا غير ويدل على هذا الفرق مسئلة هي ادعى العقار ميراثا
عن ابيه فشهد احد الشاهدين ان هذا العقار ملكه وشهد الاخر ان هذه الضيعة
ملكه لا تقبل هكذا ذكره ثم قال وقيل تقبل هذه الشهادة لانه يجوز اطلاق
اسم الضيعة على العقار وقال القهستاني في التنفقات العقار في عرفنا الشرع

الشرع اسم للعرصة المملوكة مبنية اولا كالضيعة المتنازع عنه لا يخرج من يد ذى
اليد ما لم يبرهن المدعى اى اذا ادعى عقارا لا يكتفى بذكر المدعى انه في يد المدعى عليه
وبتصديق المدعى عليه في ذلك بل لا بد من اقامة البينة انه في يد المدعى عليه حتى يصح
دعواه او علم القاضى في الصحيح لان يد المدعى عليه لا بد منه لتصح الدعوى عليه اذ هو
شرط فيها ويحتمل ان يكون في يد غيره فباقامة البينة ينتفى تهمة المواضعة فامكن
القضاء عليه باخراجه من يده بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة فينتفى تهمة
المواضعة فلا يحتاج الى اثباتها بالبينة ولهذا قيد بالعقار قال في العمادية نقلا عن
دعوى الصغرى اذا ادعى المنقول فاقر المدعى عليه انه في يده يقبل اقراره وفي العقار
لا يقبل حتى يقيم البينة فان انكر اليد ولم يكن للمدعى بينة يحلفه قال فيها ايضا اذا
قال المدعى عليه هذه الضيعة ليست في يدى فان للمدعى ان يحلفه حتى يقر فاذا
اقر باليد حلف انها ليست بملكه حتى يقر بالملك للمدعى فاذا اقر يامره بترك التعرض
لكن اذا اراد المدعى اقامة البينة لا بد ان يثبت اليد بالبينة وقال صاحب المحيط
في فصل دعوى العقار انما يشترط شهادة الشهود انها في يد المدعى عليه بتوجه
الحكم واستماع البينة اما لو انكر من الابتداء ان يكون في يده يحلف على ذلك
ولا يصح قضاء القاضى في عقار ليس في ولايته قال في الخلاصة والبزازية الصحيح ان ولاية
القاضى في المحدود يصح وان لم يكن المحدود في ولايته والمسئلة منصوصة في ادب
القاضى للخصاف فيقضى القاضى ويكتب الى القاضى الذى هو في ولايته ان يسلمه
اليه انتهى وقالا قبله ايضا ان اختصم غريبان من اهل ولاية اخرى عند قاضى اهل
هذه البلدة يصح قضاؤه ويكون ذلك بمنزلة التحكيم منهما لهذا القاضى حتى
لو كان الدعوى في دين او عين منقول حاضر يصح قضاؤه بينهما لانه ولايته ثابتة
على الدين والعين الحاضر وهل العبرة لقاضى المدعى او لقاضى المدعى عليه ففي الخلاصة
والبزازية العبرة لقاضى المدعى عند ابى يوسف ولقاضى المدعى عليه عند محمد وعليه
الفتوى فلو كان قاضيان في مصر واحد كل واحد منهما في نصف المصر ولرجل

مطلب هل يصح القضاء للقاضى في عقار ليس في ولايته

مطلب هل العبرة لقاضى المدعى او لقاضى المدعى عليه

من محلة هذا القاضي على رجل من محلة قاض آخر دعوى عند ابي يوسف يعتبر حال المدعي
وعند محمد يعتبر حال المدعى عليه وهل المصر شرط في القضاء اولا ففي الزيلعي انه ليس
بشرط عند ابي يوسف واليه اشار محمد ايضا ووجه من اشترط ان القضاء من اعلام
الدين فيكون المصر شرطا فيه كالجمعة والعيدين واذا قضى القاضي في حادثة اي في دعوى
حادثة ببينة ثم قال رجعت عن قضائي او بدا لي غير ذلك القضاء بان تحول رأيه
واجتهاده او وقعت في تلبيس الشهود او ابطلت حكمي ونحو ذلك لا يعتبر والقضاء
ماض ان كان بعد دعوى صحيحة بان وجد الشروط المعتبرة في دعوى الدين والعين
والعقار كما ذكر في باب الدعوى وشهادة مستقيمة وذلك لان رايه الاول قد ترجح
بالقضاء فلا ينقض باجتهاد مثله ولا يملك الرجوع عنه ولا ابطاله لانه تعلق به حق
الغير وهو المدعي الا ترى ان الشاهد لما اتصل بشهادته القضاء لا يصح رجوعه
ولا يملك ابطاله لما ذكرنا فكذا القاضي لكنه يقضي في المستقبل باجتهاده الثاني
ولو قضى باجتهاده ثم تبين نص بخلافه فانه يبطل قضاؤه لان الراي دون النص
قال في الخلاصة اذا قضى القاضي في حادثة ثم ظهر له راي بخلافه قال محمد ينقض
قضاؤه وقال ابو يوسف لا ينقض القاضي اذا بدا له ان يرجع عن القضاء ان كان
الذي قضى خطأ لا اختلاف انه يرده وان كان مختلفا فيه امضاه وفي المستقبل يقضي
بالذي يرى انه افضل فان ظهر له نص بخلاف قضائه ينقض قضاؤه انتهى ثم
قال فيه ايضا ان كان الدعوى في حقوق العباد كالقصاص والطلاق والنكاح والعتق
ان ظهر ان الشهود عبيد او محدودون في قذف ان قال القاضي تعمدت يضمن والضمان
في ماله ويعزر للجناية وان كان خطأ يضمن المقضي له الدية وفي الطلاق ترد
المرأة الى زوجها وفي العتق يرد العبد الى مولاه وفي حقوق الله تعالى كحد الزنا
والشرب والسرقة اذا ظهر ان الشهود عبيد وقال تعمدت فهو ضامن الدية وان كان
خطأ فضمانه في بيت المال وهذا اذا ظهر الخطأ بالبينة اما اذا اقر القاضي بذلك
لا يصدق ولا يبطل القضاء كالشهود اذا رجعوا انتهى وهكذا ذكره في البزازية

مطلب هل المصر شرط للقضاء وهل يصح رجوع القاضي في حكمه

مطلب لا يصح رجوع القاضي والشاهد بعد الشهادة

في البزازية وقال وهذا اذا ظهر الخطأ بالبينة او باقرار المقضي له ومن له على آخر
حق خباء في المصباح خبأت الشيء خبأ مهموز من باب نفع سترته وترك الهمزة
تخفيفا لكثرة الاستعمال وربما همزت على الاصل قوما ثم ساله عنه اي عن الحق
فاقر به اي اقر الآخر بالحق وهم اي المستورون يرونه اي الآخر ويسمعونه اي
يسمعون اقراره وهو اي الآخر لا يراهم صح شهادتهم عليه لان الاقرار موجب
بنفسه وقد علموه يقينا وهو الركن في اداء الشهادة وان سمعوا كلامه
ولم يروه فلا تصح شهادتهم عليه لان الصوت تشبه الصوت فيحتمل ان يكون
المقر غيره فلا يجوز الشهادة مع الاحتمال الا اذا كانوا دخلوا البيت وعلموا انه
ليس فيه غيره ثم جلسوا على الباب وليس للبيت مسلك غيره ثم دخل رجل
فسمعوا اقرار الرجل ولم يروه وقت الاقرار لان العلم حصل لهم في هذه الصورة
فجاز لهم ان يشهدوا عليه ولو بيع عقار وبعض اقارب البايع حاضر يعلم البيع
وسكت لا يسمع دعواه بعده اطلق الاقارب فيشمل السببية والنسبية فيشمل
الزوج والزوجة ايضا وانما قيد بالاقارب لانهم فرقوا في هذه المسئلة بين
الاقارب والاجنبي ففي آخر كتاب الدعوى من البزازية اذا باع عقارا وامرأته او ولده
حاضر ساكت ثم ادعاه لنفسه قال صاحب المنظومة اتفق اساتيذنا على انه
لا يسمع دعواه ويجعل سكوته رضا للبيع قطعا للتزوير والاطماع والحيل
والتلبيس وجعل الحضور وترك المنازعة اقرارا بانه ملك البايع وقال الامام
ظهير الدين فتوى ائمة بخارى على ان سكوته لا يكون تسليما له وله المطالبة
والدعوى كما اذا كان الحاضر الساكت غير الولد والزوجة والقريب لان سكوت الناطق
لا يكون اقرارا وائمة خوارزم على رأي ائمة سمرقند وفي الفتاوى يتامل المفتي في ذلك
ان راى المدعي الساكت ذا حيلة افتى بعدم السماع لكثرة الغالب على اهل الزمان
الفساد فلا يفتي الا بما اختاره اهل خوارزم انتهى كلام البزازية وهكذا ذكر
ذكر قاضيخان قبيل باب الربوا وقال الزيلعي لا فرق في ذلك بين الاقارب والاجنبي

مطلب سكوت الحاضر اقرار

في كون سكوت الحاضر اقرارا واستدل على ذلك بمسئلة نقلها عن كفاية النهاية
وذكرت في شرح الاشباه انه استدلال فاسد لانه من قبيل القياس مع الفارق

مطلب الحكم هبة المرأة مهرها لزوجها

فليراجع ولو وهبت امرأة مهرها من زوجها ثم ماتت فطلب اقاربها المهر
وقالوا كانت الهبة في مرض موتها وقال الزوج بل في صحتها فالقول له اي للزوج والقياس
ان يكون القول للورثة لان الهبة حادثة والاصل في الحوادث ان تضاف الى اقرب
الاوقات وجه الاستحسان انهما تصادقوا في سقوط المهر عن الزوج والوارث
يدعي العود اليه والزوج ينكر العود والقول قول المنكر مع يمينه والبينة بينة المدعي
ولو اقر بحق ثم قال كنت كاذبا فيما اقررت حلف المقر له ان المقر لم يكن كاذبا
فيما اقر ولست انت بمبطل فيما تدعي عليه عند ابي يوسف وبه يفتى فان قيل كيف
يدعي المقر كذبه وكيف يحلف المقر على عدم كذبه مع ان سبب الملك تحقق منه وهو
الاقرار فاجاب عنه بقوله والاقرار ليس سببا للملك وهذا استحسان وبه اخذ
ابو يوسف ووجهه ان العادة جرت بين الناس انهم يكتبون الصك اذا ارادوا
الاستدانة قبل الاخذ ثم يأخذون المال فلا يكون الاقرار تمليكا وتسببا للملك وعليه
الفتوى لتغير احوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر بذلك والمدعي
لا يتضرر باليمين ان كان صادقا فيصار اليه وقال ابو حنيفة ومحمد يؤمر بتسليم المقر به
الى المقر له وهو القياس لان الاقرار حجة ملزمة شرعا فلا يصار معه الى اليمين
كالبينة واعلم انهم اختلفوا في ان الاقرار هل هو تمليك او اخبار وقدمنا
بيانه في الاقرار فليراجع ولو قال لآخر وكلتك ببيع هذا فسكت صار وكيلا
لان سكوته قبول عادة وقد ذكرنا في الشرح وفي شرح الاشباه ان السكوت

مطلب رجل وكل امرأته بطلاق نفسها فليس له عزلها

في مواضع كثيرة قبول واقرار ومن وكل امرأته بطلاق نفسها لا يملك
عزلها لانه يمين من جهته لما فيه من معنى التعليق وهو تعليق بفعلها فلا
يصح الرجوع في اليمين وهو تمليك من جهتها لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره
وهي عاملة لنفسها فلا تكون وكيلة بخلاف الاجنبي ولو قال لآخر وكلتك

وكلتك بكذا على اني متى عزلتك فانت وكيلي فطريق عزله ان يقول عزلتك
ثم يقول عزلتك لانه لما قال عزلتك ينعزل عن الوكالة المنجزة وتنجزت
المعلقة بالعزل فصار وكيلا جديدا ثم بالعزل الثاني انعزل عن الوكالة الثانية
والاصل في هذا ان الوكالة مما تقبل التعليق بالشرط اي شرط كان فيجوز
تعليقها بالعزل فاذا عزله انعقدت المعلقة بالعزل فتصير منجزة فاذا عزله

مطلب بيان الوكالة المعلقة وطريق عزلها

انتهت الوكالة ولو قال كلما عزلتك فانت وكيلي فطريق عزله ان يقول
رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن المنجزة واعلم ان هذه الوكالة سماها
الفقهاء وكالة معلقة اختلف فيها نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة فقال نصير
يجوز هذه الوكالة بهذا الشرط وقال محمد لا يجوز لان الوكالة شرعت غير لازمة
فلو جاز التوكيل بهذا الشرط لا يتمكن من اخراجه عن الوكالة فتصير لازمة
وهو قلب الموضوع ووفق الفقيه ابو جعفر بينهما وقال تفسير هذا الكلام على
قول محمد انه كلما اخرجتك عن الوكالة فانت وكيلي بهذه الوكالة ولو صرح بذلك
كان باطلا لان الوكالة شرعت على وجه يرد عليها العزل وهو قصد بهذا ان
لا يرد العزل على الوكالة فيكون باطلا وتفسيره على قول نصير انه متى اخرجه
عن هذه الوكالة يصير وكيلا بوكالة مستقبلة تعلق لزومها ببطلان الوكالة
الاولى ولو صرح بذلك كان جائزا ولا يكون مخالفا حكم الشرع ثم اذا ثبت
الاختلاف في هذه المسئلة بينهما فمن اراد تصحيح هذه الوكالة عند الكل
ينبغي ان يقول كلما اخرجتك عن هذه الوكالة قال بعضهم يقول الموكل رجعت
عن قولي متى اخرجتك عن الوكالة فانت وكيلي فيصح رجوعه ثم يقول بعد
ذلك اخرجتك عن هذه الوكالة لان الوكالة المعلقة بطلت بالرجوع فاذا
عزل عن الوكالة المنجزة لا يصير وكيلا وانما يذكر رجعت عن الوكالة احترازا
عن قول ابي يوسف فان عنده العزل عن الوكالة المعلقة قبل وجود الشرط وبه
اخذ نصير بن يحيى والفتوى على قول محمد وقال بعضهم طريقه الاخراج عن هذه

الوكالة ان يقول عزلتك كلما وكلتك وقال شمس الائمة السرخسي الاصح عندي ان يقول
عزلتك عن الوكالات فينصرف ذلك الى المعلق والمنجز هذه الجملة في فتاوى
قاضيخان ومنه ظهر ان المص اختار قول ابي يوسف في طريق العزل فانه اختار
لفظ رجعت وقبض بدل الصلح قبل التفرق شرط ان كان الصلح دينا بدين

مطلب اشتراط قبض بدل الصلح في الدين بالدين

وذلك بان وقع الصلح على غير ما يستحق الداين بعقد المداينة بان صالح على
دراهم عن دنانير في الذمة لان الصلح متى وقع على ما يستحق الداين بعقد
المداينة يحمل على المعاوضة واذا حمل على المعاوضة يكون صرفا او بيعا وفيهما
لا يجوز الافتراق قبل قبض البدل لما فيه من الافتراق عن الدين بالدين وذلك
منهي عنه لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الكالي بالكالي ولذا قال في قاضيخان رجل
ادعى على رجل الف درهم فانكر فاصطلحا على عشرة دنانير وافترقا قبل القبض
بطل لان الصلح على غير جنس الحق لا يكون الا مبادلة والصرف يبطل بالافتراق
من غير قبض ولو كان له على رجل الف درهم جياد فاصطلحا على عشرة دنانير
وافترقا قبل القبض بطل ولو صالح من الجياد على النبهرجة جاز ولا يكون صرفا
بل يكون اسقاطا بصفة الجودة والا اي وان لم يكن الصلح دينا بدين فلا
يشترط قبض بدل الصلح وذلك اما بان وقع الصلح على بعض جنس ما يستحق
الداين بعقد المداينة لان الصلح عما يستحق الداين بعقد المداينة على بعض
جنسه اخذ لبعض حقه واسقاط للباقية لا معاوضة لان حمله على المعاوضة يفضي
الى الربوا فلا يحمل عليها فلو صالح عن الف دين على بعضه او على الف مؤجل جاز
لانه يجعل مستوفيا لبعض حقه ومسقطا لبعضه في الاولى وفي الثانية يجعل
كانه اجل نفس الحق تحريا للجواز ولو حمل على المعاوضة لفسد لانه بيع الدراهم
بالدراهم لا يجوز الا مثلا بمثل يدا بيد فلا يصار اليه وكذا لو صالح عن الالف
على خمسمائة مؤجلة جاز وكانه ابراه عن النصف واخر النصف واما بان وقع
الصلح على عين معين كما اذا وقع على شعير بعينه عن حنطة في الذمة مثلا فانه

فانه لا يبقى دينا في الذمة فجاز الافتراق عنه قبل القبض وان كان مال الربوا ومن
ادعى على صبي دارا فصالحه ابوه على مال الصبي فان كان له اي للمدعي بينة
جاز الصلح ان كان بمثل القيمة بان يساوي قيمة الدار بدل الصلح او اكثر
اي او كان البدل اكثر مما يتغابن فيه اي بقدر ما يتغابن فيه عادة كلمة من
بيان للاكثر وهذا لان في هذا الصلح منفعة للصبي لسلامة عين الدار له فيجوز
وان لم يكن للمدعي بينة او كانت بينة غير عادلة لا يجوز لان الاب صار في هذا
الصلح متبرعا بمال الصبي لان المدعي لم يستحق شيئا من مال الصبي عند عدم الصلح
لعدم بينة او لعدم عدالة بينته فلا يجوز بخلاف الصورة الاولى لان المدعي فيها
استحق عين الدار بالبينة العادلة لولا الصلح فلا يكون الاب متبرعا بمال الصبي
بالصلح بل مشتريا له فيجوز ولو كان الاب هو المدعي للصغير ولا بينة لم يجز كيف
ما كان لانه لم يثبت للصغير فيما ادعاه الاب له ملك ولا التمكن من الاخذ
لعدم البينة فكان بالصلح محصلا له مالا من غير ان يخرج بشيء من مال الصبي
فكان نفعا محضا وان كان للاب بينة عادلة لا يجوز الا بالمثل او باقل قدر ما
يتغابن الناس فيه ووصي الاب في هذا مثل الاب كذا في الزيلعي ومن قال لا بينة

مطلب من قال لا بينة لي ولا شهادة لي ثم برهن وشهد هل يقبل

لي ثم برهن صح برهانه لامكان التوفيق بينهما بان كانت له بينة فنسيها
ثم ذكرها بعد ذلك او كان لا يعلمها ثم علمها وعن ابي ح انها لا تقبل لانه اكذب
بينته وكذا لو قال لا شهادة لي في هذه القضية ثم شهد اي تقبل شهادته لامكان
التوفيق ايضا لانه يقول نسيت ثم تذكرت وكذا تقبل لو قال المدعي ليس لي
عند فلان شهادة ثم جاء به فشهد له لامكان التوفيق ايضا لانه يقول
نسيت او لا يعلمها ثم علمها وكذا لو قال لا اعلم حقا على فلان ثم اقام البينة
ان له عليه حقا تقبل لامكان الخفاء عليه فامكن التوفيق بخلاف ما اذا قال
ليس لي عليه حق ثم ادعى عليه حقا حيث لا تسمع دعواه لان المناقضة بين
الاقرار والدعوى ثابتة فلا يمكن التوفيق بينهما ونفي الحجة في هذا اكتفى

الشهادة لا اكتفى الحق حتى لو قال لا حجة لي على فلان ثم اتى بحجة تقبل لامكان التوفيق
ولو قال هذه الدار او هذا العبد ليس لي ثم اقام البينة ان الدار او العبد له تقبل
بينته لانه لم يثبت بهذا الاقرار حقا لغيره وكل اقرار لم يثبت به حق للغير كان
لغوا وللامام الذي ولاه الخليفة ان يعطى انسانا من طريق الجادة ان لم يضر
بالمارة لان للامام ولاية التصرف في حق العامة فيما فيه نظر للعامة فاذا راى في ذلك
مصلحة لهم كان له ان يفعل لان تصرف الامام دائر على المصلحة وله فروع ومباحث
في الاشباه بيناه في شرحه ومن صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباع ماله نفذ البيع لان الاكراه لم يقع على بيع ماله فيكون بيعه اختياريا
غاية الامر انه صار محتاجا الى بيعه لايفاء ما طلب منه السلطان وذلك ليس بكره
عليه كالوباع المحبوس ماله لدينه فانه لا يكون مكرها ولو خوف امراته بالضرب حتى وهبت
مهرها منه لا تصح الهبة ان قدر الزوج على الضرب الذي هددها به لان بالقدرة
على ايقاع ما هددها به من الضرب تحقق الكره فتفسد الهبة وان اكرهها على
الخلع ففعلت يقع الطلاق لان طلاق المكره واقع كما تقدم في بابه ولا يجب المال
لعدم الرضا وهو شرط في وجوب المال ولو احالت المراة انسانا بالمهر الكائن على
الزوج متعلق بكل من احالت والكائن على طريق التنازع صورة المسئلة امراة
احالت دائنها بدينها على زوجها بمهرها الكائن على الزوج او وهبت مهرها
الذي على الزوج انسانا من اقربائها او اجنبيا فسلطت الموهوب له على الزوج
بقبضه ثم وهبته اي المهر من الزوج لا تصح الهبة للزوج لتعلق حق المحتال وهذا
حيلة في عدم سقوط المهر عن الزوج بالهبة منه ولنا في هذه المسئلة بحث لطيف ذكرناه
في شرح كتاب الهبة من الاشباه فليراجع ومن اتخذ بئرا او بالوعة في المصباح
البالوعة ثقب ينزل فيه الماء في داره فنز منها حائط جاره وطلب تحويله لا يجبر

مطلب من اتخذ بئرا فبل حائط الجار فسقط هل يضمن

عليه لانه تصرف في ملكه وهو غير متعد فيه وان سقط الحائط منه لا يضمنه لما ذكرناه
ومن عمر دار زوجته في المصباح عمرت الدار من باب قتل عمرا بنتها والاسم العمارة

العمارة بالكسر بماله باذنها اي اذن الزوجة فالعمارة اي البناء لها للزوجة اي ملك

مطلب من عمر دار زوجته هل يرجع عليها

لها والنفقة اي الذي صرفه في العمارة من الدراهم دين له اي للزوج عليها على الزوجة
لانها بالاذن بالعمارة التزمت النفقة له عليها واذا التزمت النفقة له عليها يكون
البناء ملكا لها لئلا يجتمع البدل والمبدل منه في ملك شخص واحد وان عمرها بلا اذنها
فالعمارة لها اي للزوجة وهو اي الزوج متبرع في النفقة لعدم اذن الزوجة هذا ان عمرها
للزوجة او سكت ولم ينو شيئا لنفسه او للزوجة بقرينة قوله وان عمر لنفسه بلا
اذنها فالعمارة له اي للزوج ذكر هذا التفصيل في العمارة في البزازية ايضا حيث قال
اقر بدار لامراته في صحته وهي خراب وعمرها بملكه ثم مات عن هذه الدار وابن له فادعى الابن
ان العمارة بينهما وهي انها لها وعمارتها انه كان عمرها باذنها فالعمارة لها والنفقة دين
عليها فتغرم حصة الابن من النفقة وان عمرها بغير اذنها لنفسه فالعمارة ميراث ولها
ان تغرم قيمة نصيب الابن من العمارة وسلمت العمارة لها ولو عمرها لها بلا اذنها فلها
العمارة ولا شيء عليها من النفقة وهو متطوع فيه وكذا عمارة كرم زوجته وسائر املاكها
وذكر العتابي عمر دار امراته باذنها فالعمارة لها والا فهي تركة انتهى كلام البزازي
ذكره في كتاب الهبة في نوع احكام العمارة وذكر في حيطان الخلاصة رجل بنى السقف
الاعلى في منزل امراته ثم اراد رفعه ان بناها بامرها ليس له الرفع والبناء لها والنفقة
دين عليها وكذا كل من بنى في دار غيره بامره يكون البناء له وان بنى بغير امرها له ان يرفع
الا ان يضر بها فح يمنع عن الرفع وهذا على وفق ما ذكره العتابي حيث لم يثلث المسئلة
كما ثلثه المص والبزازية اولا ثم قال في الخلاصة نقلا عن كتاب الوصايا للفضلي ان بنى
لها يكون العمارة لها وهذا اشارة منه الى التثليث ومن اخذ غريمه اي مديونه فنزعه

مطلب من اخذ غريما من يد دائنه ثم هرب الغريم هل يضمن

انسان من يده فلا ضمان على النازع لان ضياع حقه لم يحصل بفعل النازع وهو نزعه
بل انما حصل بفعل فاعل مختار وهو هرب الغريم فصار النزع سببا بعيدا والهرب
سببا قريبا والاصل اضافة المسبب الى السبب القريب دون البعيد كما اذا حل قيد
العبد فابق العبد فان الحال لا يضمن لان التلف يضاف الى اباق العبد لانه سبب قريب

لا الى حل الرجل لانه سبب بعيد وكذا لا الدال السارق على مال الغير فان الدال لا ضمان عليه
لان التلف بفعل السارق لا بدلالة الدال وكمن امسك هاربا عن عدوه حتى قتله العدو
فانه لا ضمان على الممسك وله نظائر كثيرة ومن كان في يده مال انسان فقال له سلطان

مطلب المكره المتلف هل يضمن

ادفعه الي والا قطعت يدك او ضربتك خمسين سوطا لا يضمن الدافع لو دفع
لان امر السلطان كره معتبر شرعا لانه قادر على ايقاع ما هدده فلا ضمان عليه
ويضمن السلطان لانه مكره متلف ولو قال السلطان ادفعه الى فلان واخذه فلان
مختارا فالضمان على السلطان او الاخذ وصاحب المال مخير ايهما شاء يضمن ولو كان
الاخذ مجبورا فالضمان على السلطان فقط ولو وضع في الصحراء منجلا ليصيد به
حمار وحش ونحوه وسمى عليه ليحل اكله فجاء في الغد قيدا تفاقي لا احترازي اذ لو جاء
في ساعته فالحكم ايضا كذلك ووجد الحمار مجروحا ميتا لا يحل اكله علله في الزيلعي بان
شرط الحل ان يذبحه او يجرحه وبدون ذلك لا يحل فصار كالنطيحة والمتردية في
الآية يريد انه لم يتيقن انه مات من جرحه وقد تقدم ما يتعلق بهذه المسئلة في كتاب

مطلب بيان الكراهة في الشاة الاكل مواضع

الصيد ويكره من الشاة اكل الحياء في المصباح حياء الشاة ممدود وقال ابو زيد
اسم للدبر من كل انثى من الظلف والخف وغير ذلك وقال الغارابي الحياء فرج الجارية
والناقة والخصية معروف ومثناه خصيتان والمثانة في المصباح هو مستقر البول
من الانسان والحيوان وموضعها من الرجل فوق المعاء المستقيم ومن المراة فوق
الرحم والرحم فوق المعاء المستقيم والذكر معروف والغدة في المصباح الغدة
لحم يحدث عن داء بين الجلد واللحم تتحرك بالتحريك والمرارة معروف والدم المسفوح
اي المصبوب وللقاضي ان يقرض مال الغائب والطفل واللقطة لان في الاقراض
مصلحة لهم لبقاء مالهم محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستحفاظ

مطلب الختان سنة الانبيا عليهم السلام

والاسترداد ولو كانت حشفة الصبي ظاهرة من موصولة رآه مثله من ظنه
غير مختتن ولا تقطع جلدة ذكره الا بمشقة جاز ترك
ختانه لان ترك الواجب بالعذر جائز وترك السنة اولى والختان من سنة

من سنة الانبياء عليهم السلام من زمان ابراهيم عليه السلام قيل اربعة عشر نبيا
ولدوا مختونا آدم وشيث ونوح وهود وصالح وشعيب ويوسف وموسى
وسليمان وزكريا وعيسى وحنظلة بن صفوان ونبينا محمد عليهم الصلوة والسلام
وكذا شيخ اسلم وقال اهل البصر لا يطيق الختان لانه معذور وخبر اهل البصر معتبر
ووقت الختان غير معلوم على الصحيح وقيل سبع سنين وقيل تسع سنين
وقيل حتى يبلغ وقيل عشر سنين ولا يجوز ان يصلى على غير الانبياء والملائكة
الا بطريق التبع بان يقول اللهم صل على محمد وآله وصحبه وسلم
وذلك لما فيه من تعظيم النبي واختلف في الترحم قيل يجوز وقيل
لا ولا الاعطاء باسم النيروز والمهرجان اي لا يجوز الاهداء
باسم هذين اليومين قال ابو حفص الكبير لو ان رجلا
عبد الله خمسين سنة ثم جاء النيروز واهدى
الى بعض المشركين بيضة يريد تعظيم ذلك
اليوم فقد كفر وحبط عمله

كتبه الشيخ محمود بن محمد
بعون الله تعالى وتوفيقه
سنة ١١٧٨ في خمسة عشر
من صفر الخير

كتاب الفرائض

كتاب الفرائض هي جمع فريضة من الفرض وهو لغة لمعان كالبيان والقطع والتقدير
واصطلاحا هنا النصيب المقدر للوارث شرعا ثم نقل الجمع علما لهذا العلم كالاعتبار وخص
بهذه التسمية لان سهامه مقطوع بها كما قال تعالى فريضة من الله ولذا قال عليه الصلوة والسلام
تعلموا الفرائض وموضوعه التركات وحده علم باصول من فقه وحساب تعرف حق كل من
التركة واستمداده من هذه الاصول وغايته ايصال الحقوق لاربابها واركانه ثلاثة
وارث ومورث وموروث وشروطه ثلاثة موت مورث حقيقة او حكما كمفقود او تقديرا
كجنين فيه غرة ووجود وارثه عند موته حيا حقيقة او تقديرا كالحمل والعلم بجهة
ارثه وهذا يختص بالقضاء ولهذا شرط في هذا العلم العلم بالانساب كما شرط المهارة في علم
الحساب واما اسبابه وموانعه فستاتي في الكتاب واما اصوله فثلاثة الكتاب والسنة
في ارث الام بشهادة المغيرة وابن سلمة واجماع الامة في ارث ام الاب وقد علمت بجوابه
ثم زعم زفر وتبعه مشايخ العراق ان الارث للحي من الحي لا من الميت والا لامتنع وراثة
الازواج لانتفاء الزوجية بالموت حتى لو علق عتق امرأته الامة بموت مولاها فمات ولا وارث
له غيره عتقت عنده خلافا لنا كما بسط عند قول الوهبانية قبيل الوفاة الارث بعض
يقرر وتخريج لابن الهيذام يحرر قلت ولكن آخر مسئلة في التاتارخانية والاعتماد
على ان الحي يرث من الحي انتهى فليتنبه له ثم رايت في نسخة معتمدة مثل الاول فعليه يعول
ثم الحقوق المتعلقة بالتركة هنا خمسة بالاستقراء لان الحق اما للميت او عليه او لا والاول
التجهيز والثاني اما ان يتعلق بالذمة وهو الدين المطلق اولا وهو المتعلق بالعين والثالث
اما اختياري وهو الوصية او اضطراري وهو الميراث فلذا قال يبدأ وجوبا من تركة الانسان
الميت الخالية عن كل حق للغير تعلق بعين من التركة كالرهن والعبد الجاني فيقدم
على تجهيزه اتفاقا لتعلقه بالمال قبل صيرورته تركة كما حررته فيما علقته على التنوير والسراجية
قلت فما ذكره مثلا مسكين من تصحيح خلافه منظور فيه بل تعليلهم يفيد ان ذلك ليس
بتركة اصلا والاصل ان كل حق يقدم في الحياة يقدم في الوفاة فليحفظ فائدة الميت بالتخفيف
من حل به الموت وبالتشديد من سيموت قال ابو خليل انشد ابو عمرو يسائلني تفسير

تفسير ميت وميت فدونك قد فسرت ان كنت تعقل فمن كان ذا روح فذلك ميت
وما الميت الا من الى القبر يحمل وهل يمنع الدين انتقال التركة لملك الورثة او لا خلاف وعلى
القول بالمنع فهل يمنع كل التركة او بقدر الدين خلاف كذا افاده العلائي الامام قلت وقدمنا
في القضاء ان ولاية بيع التركة المستغرقة بالدين للقاضي لا للورثة لعدم ملكهم حينئذ فليحفظ
بتجهيزه وتجهيز من تلزمه نفقته لو ولد مات قبله ولو بلحظة وكزوجته ولو غنية على المعتمد
عندنا وعند الشافعية قلت فما في السراج والجوهرة والبحر الزاخر والضياء المعنوي انه
لو لها مال فكفنها في مالها بالاجماع فيه ما فيه وهذا الفتوى على ما بينا فيم لا يخفى على الفقيه ودفنه
من عطف الخاص على العام كانه لمزيد الاهتمام بستر الميت لانه المقصود والمرام وقد تركه
في الكنز والتنوير فتنبه بلا اسراف ولا تقتير ككفن السنة او قدر ما يلبسه في حياته
وهذا اذا لم يوص بذلك فلو اوصى تعتبر الزيادة على كفن المثل من الثلث وكذا لو تبرع
في الورثة به او اجنبي فلا باس بالزيادة من حيث القيم لا العدد واستحسن المتاخرون
العمامة لعالم وشريف وفي المزورة بما تيسر وهل للغرماء المنع من كفن المثل قولان والصحيح
نعم ولو سرق كفنه فلو قبل تفسخ كفن مرة بعد اخرى وكله من كل ماله ولو عليه دين ما لم يقبض
الغرماء واصحاب الوصايا فلا يسترد منهم بخلاف الورثة ولا تجبر الورثة على قبول كفن
متبرع بخلاف حمله وحفر قبره ويرد لمن تطوع بكفنه لو تلف الميت باكل ذئب ونحوه ثم
تقضى ديونه اي التي لها مطالب من جهة العباد من جميع ما بقي بعد التجهيز ان
وفى والا فان كان صاحب الدين واحدا فله الباقي وما بقي له ان شاء عفا او تركه
لدار الجزاء وان جماعة فان بعضهم اولى كدين صحة قدم وان استووا فبالحصص
واما دين الله فلا يجب الا بوصية فاذا اجتمعا ولا وفاء فدين العباد اولى عندنا لانه تعالى
هو الغني ونحن الفقراء فلذا قال ثم تنفذ وصاياه التي اوصى بها للاجنبي مسلما كان
او كافرا بغير اجازة الورثة او للوارث عند اجازة الورثة وهم كبار سواء في شيء بعين
او لا كالثلث والربع فانها مقدمة على الارث مطلقا قلت وهذا هو الصحيح خلافا
لشيخ الاسلام وان اختاره في الاختيار وارتضاه الباقاني وغيره فتنبه من ثلث ما بقي

منها له بعد قضاء الدين لا من ثلث اصل المال والا لربما استغرق جميع الباقي فيؤدي
الى حرمان الورثة بالوصية ونحن لا نجوز قلت وانما قدمت في الآية اهتماما لكونها مظنة
التفريط ثم يقسم الباقي بعد ذلك بين ورثته وهم اصناف ثلاثة اصحاب الفرائض
والعصبات وذووا الارحام ويستحق الارث باحد ثلاثة بنسب اى قرابة رحم ونكاح
صحيح ولو بلا وطء ولا خلوة اجماعا قلت فلا توارث بفاسد ولا باطل اجماعا وولاء
بنوعيه والمستحقون للتركة عشرة اصناف ذكرها بقوله ويبدأ باصحاب الفروض الاثنى عشر
ثم يبدأ بالعصبات ال للجنس فيستوي فيها الواحد والجمع وجمعه للازدواج النسبية
ثم ترتيبهم الآتي لقوله عليه السلام الحقوا الفرائض باهلها فما ابقت فلاولى رجل ذكر
متفق عليه وعليه الاجماع قلت واتبع بذكر ذكر ليفيد ان الرجل هنا ما يقابل المرأة لا ما يقابل
الصبي فيشمل البالغ وغيره وهذا كما قال علماء المعاني في مثل قوله تعالى وما من دابة في
الارض ولا طائر يطير بجناحيه ان اسم الجنس محتمل للفردية والجنس معا وبالصفة يعلم
المراد فلما وصف الدابة والطائر بقوله في الارض ويطير بجناحيه علم ان المراد الجنس لا الفردية
وعبر برجل ليفيد ان العصوبة اقوى سببا ولذا يستحق بها جميع المال حالة الانفراد
بجهة واحدة بخلاف صاحب الفرض فانه به وبالرد فليحفظ ثم بالمعتق ولو انثى وهو
العصبة السببية ثم عصبته اى الذكور لا غير لانه ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن كما
يأتي ثم الرد على ذوي الفروض النسبية بقدر حقوقهم فلا يرد على الزوجين لكن
في قنية والمبتغى وغيرهما انه يرد عليهما في زماننا قلت وسنحققه ثم ذوي الارحام ثم
بعدهم مولى الموالاة الكل او الباقي بعد فرض احد الزوجين ثم المقر له بالنسب له
على غيره بحيث لم يثبت نسبه بهذا الاقرار من ذلك الغير اذا مات المقر على اقراره
قلت وذلك كاقراره بالاخ له فانه لا يثبت به نسبه ولكن يكون حكمه كما ذكر لانه وصية
معنى حتى لو رجع صح واما اذا صدقه المقر عليه او اقر بمثل اقراره او الورثة وهم من اهل
الاقرار او شهد رجل اخر مع صلاحيته لذلك فانه يثبت نسبه حقيقة ويزاحم الورثة
المعروفين وان رجع المقر وكذا لو صدقه المقر قبل رجوعه لان النسب اذا ثبت لا يبطل بالرجوع

بالرجوع ومن ضرورة ثبوته ارثه كما في اقراره على نفسه بالوالدين والولد كما في عامة كتب
المذهب التي عليها يعتمد واليها يذهب قلت فما في فرائض الامام العتابي وضوء السراج
من ان الاقرار بالام لا يصح منظور فيه او رواية مرجوحة والحق صحته بجامع الاصالة
فكانت كالاب فتنبه ثم بعد الموصى له باكثر من الثلث ولو بالكل وانما قدم عليه المقر له
لانه نوع قرابة واعلم ان كلّها جاز باجازة الورثة يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا
والاجازة رفع المانع وانه لو ماتت من زوج واوصت لاجنبي بنصف مالها كان للاجنبي
نصف مالها وللزوج نصف الباقي بعد الثلث ولبيت المال السدس وانه لو اوصت
بنصف مالها لزوجها كان له الكل نصفه ارثا ونصفه وصية كما في الخانية قلت ومفاده
صحة الوصية للوارث حيث لا مزاحم وقد قدمناه فليحفظ ثم توضع التركة في بيت
المال لا ارثا بل فيئا للمسلمين وليس بعده غيره ليبدأ به فلذا قدرنا في موصلتها
دون البناء فتنبه ويمنع الارث على ما هنا اربعة الرق ولو ناقصا كمكاتب وكذا
مبعض عند ابي حنيفة ومالك وقالا هو كحر مديون فيرث ويحجب وقال الشافعي
لا يرث بل يورث وقال احمد يرث ويورث ويحجب بقدر ما فيه من الحرية قلت
وقد ذكر الشافعية مسئلة يورث فيها الرقيق مع رق كله صورتها مستأمن جني
عليه فلحق بدار الحرب فاسترق ومات رقيقا بسراية تلك الجناية فديته لورثته
ولمالكه لانمتنا فتحرر والقتل الموجب للقود او الكفارة وان سقطا بحرمة الابوة
كما مر في الجنايات وعند الشافعي لا يرث القاتل مطلقا ولو مات القاتل قبل المقتول ورثه
المقتول اجماعا واختلاف الملتين اسلاما وكفرا وقال احمد اذا اسلم الكافر قبل قسمة
التركة ورث وكان معاذ ومعاوية يورثان المسلم من الكافر وبه اخذ الحسن ومحمد
ابن الحنفية وهو القياس لقوله عليه السلام الاسلام يعلو ولا يعلى ولكن على الاول
المعول واما المرتد فيورث عندنا خلافا للشافعي قلت وذكر الشافعية مسئلة
يورث فيها الكافر صورتها كافر مات عن زوجة حاملا ووقفنا ميراث الحمل فاسلمت
ثم ولدت ورث الولد ولم ار صريحا لعلمائنا فيراجع واعلم ان الكفار يتوارثون

فيما بينهم بنسب وولد ونكاح يقر عليه بعد اسلامه كنكاح بغير شهود لا مالا يقر عليه
كنكاح محرم هو الصحيح واما النسب فيثبت فيما بينهم بالانكحة الفاسدة فيستحق
به التوارث فلو لمجوسي قرابتان فان امكن الجمع بينهما في الارث يرث بكل منهما والا
فبا قربهما وهو مذهب عامة الصحابة وعليه علماؤنا رحمهم الله واذا ترافعوا الينا قسمنا
بينهم مثلنا قال تعالى فان جاؤك فاحكم بينهم بما انزل الله والرابع اختلاف الدارين
فيما بين الكفار عندنا خلافا للشافعي حقيقة كحربي وذمي او اختلافهما حكما كمستامن
وذمي وكحربيين من دارين مختلفتين كتركي وهندي لانقطاع العصمة فيما بينهم
بخلاف المسلمين وان شطت دارهم كمستامن وحربي قلت وقول صاحب السراجية
في شرحه ان المستأمن لا يرثه ورثته الحربيون بل يوضع في بيت المال منظور فيه لمخالفته
لعامة الكتب من انهم يرثونه لبقاء حكم الامان في ماله لا لحقهم وايصال ماله لورثته
من حقه فيمنع ذلك صرفه لبيت المال فليتنبه له قلت زاد بعضهم اربعة اخرى وهي
النبوة لحديث الصحيحين نحن معاشر الانبياء لا نورث ما تركنا صدقة وقد نص
ابن نجيم في الاشباه ان النبي عليه السلام لا يرث ولا يورث وعند الشافعي يرث فقط
وبعكسه المرتدة وبنفيهما بالرق اجماعا فالاقسام اربعة والارتداد فالمرتد لا يرث
احدا اجماعا وليس ذلك لاختلاف ملتين لانه لا ملة له على ما عرف في محله وجهالة
تاريخ الموتى كالغرقى والهدمى وجهالة الوارث وذلك في خمس مسائل او اكثر
مبسوطة في المجتبى وغيره منها ارضعت صبيا مع ولدها وماتت وجهل ولدها فلا
توارث وفي الحقيقة الموانع خمسة اربعة المتن والردة كما علم ذلك بالاستقراء
الشرعي وما زاد عليها فتسميته مانعا مجاز لان انتفاء الارث معه ليس لوجود مانع
بل لانتفاء الشرط والسبب والمجمع على توريثهم فرضا او تعصيبا او بهما
من الرجال بالاختصار عشرة وبالبسط خمسة عشر الاب وابوه وان علا
وهذان من اعلى النسب والابن وابنه وان سفل وهذان من اسفل النسب والباقي
من حاشيته وهو الاخ اي لابوين او لاب او لام وابنه اي لابوين او لاب وان نزل

وان نزل والعم العصبة لابوين او لاب وابنه لابوين او لاب وان بعد وسواء في
ذلك عمومة الميت او عمومة ابيه او جده وان علا وهؤلاء الثمانية يرثون بالنسب
والتاسع الزوج والعاشر مولى النعمة وهو المعتق وعصبته بنفسه وهذان يرثان
بالسبب والمجمع على توريثهن بالفرض او بالتعصيب بالغير او مع الغير من النساء
بالاختصار سبع وبالبسط عشر الام والجدة لام او لاب وهاتان من اعلا النسب
والبنت وبنت الابن وان نزل ابوها وهاتان من اسفل النسب ويخرج عنه بنت بنت الابن
ونحوها فلا ترث لانها من ذوي الارحام كما يأتي ومن حاشيته الاخت مطلقا لابوين
او لاب او لام وهؤلاء الخمس يرثن بالنسب والزوجة ومولاة النعمة ولو بعتق
المعتق وان بعدت وهاتان بالسبب وهؤلاء السبعة عشر نفرا المجمع على توريثهم
من الرجال والنساء وبالبسط خمسة وعشرون ولا يجتمعون اذ منهم الزوجان
الا في مسئلة الميت الملفوف في الكفن فكشف عنه فاذا هو خنثى له الالتان كذا ذكره
العلائي وعشر من الحنفية والشافعي قلت ولكن المنقول عندنا ان البينة للمراة لانها
اكثر اثباتا كما في الفصل الثالث في دعوى الخارج من دعوى التاتارخانية والاصح عند الشافعية
ان البينة للرجل لزيادة العلم كما افاده الشنشوري في شرح الترتيب معزيا لابي طاهر
فليحفظ صنفان صنف ذو فرض وصنف عصبة بنفسه وبغيره ومع غيره كما
يأتي فذو الفرض منهم من له سهم اي فرض مقدر اي معين في كتاب الله تعالى
والسهام المقدرة اي الفروض يعني المذكورة المعينة في كتاب الله تعالى احترز به عن غير المذكور
فيه كثلث ما يبقى للام وكالسبع الى العشر في باب العول لانه ثابت باجماع الامة
ستة فقط لا سابع لها في الكتاب العزيز فذكرها الله تعالى في ثلاثة عشر موضعا النصف
في ثلاثة مواضع والربع في موضعين والثمن في واحد وكلا من الثلثين والثلث
في موضعين والسدس في ثلاثة مواضع وهي نوعان الاول النصف والربع والثمن
والثاني الثلثان والثلث والسدس والضابط الاخصر الربع والثلث وضعف
كل ونصفه او النصف والثلثان ونصفهما ونصف نصفهما او الثمن والسدس وضعفهما

وضعف ضعفهما فالنصف فرض خمسة للبنت للمنفردة وبنت الابن عند عدمها
فاولاد الابن كاولاد الصلب ذكورهم كذكورهم واناثهم كاناثهم ويحجبون ما يحجبون
وللاخت لابوين وللاخت لاب عند عدمها وقوله اذا انفردن اي عمن يعصبها
راجع للاربعة والخامس للزوج ايضا عند عدم الولد وولد الابن ولو انثى بشرط الارث
فخرج ولد البنت ومن قام به مانع والربع فرض اثنين له اي للزوج عند وجود
احدهما اي الولد وولد الابن الوارث ولو من غيره وللزوجة وان تعددت الى الاربع
عند عدمهما ولو من غيرها والثمن فرض واحدة فقط لها كذلك اي وان تعددت
عند وجود احدهما ولو من غيرها لقوله تعالى ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن لكم ولد
فان كان لكم ولد فلهن الثمن فان قلت مقابلة الجمع بالجمع يقتضي انقسام الآحاد
على الآحاد فيكون لكل امرأة ربع او ثمن قلت قد يترك ذلك لمانع وهو لزوم حرمان بقية
الورثة وهو منتف بالاجماع او المستحق للفرض احديهن لمقابلة الجمع بالجمع فيقتضي
مقابلة الفرد بالفرد ويزاحمها البقية لعدم الاولوية والثلثان فرض اربعة اصناف
لكل اثنين فصاعدا اي فذهب عدد هذه الحالة الصعود على الاثنين وهو منصوب
على الحال من العدد من عطف الجملة على الجملة ولا يجوز فيه غير النصب ولا يستعمل
الا بالفاء او بثم ممن فرضهن النصف كما مر والثلث فرض اثنين للام عند عدم الولد
للميت وعدم ولد الابن كذلك وعدم الاثنين من الاخوة والاخوات لابوين او لاب
او لام ولو مختلفين او محجوبين بالشخص ولهما ايضا ثلث ما يبقى من المسئلة
بعد فرض احد الزوجين وذلك في مسئلتين زوج وابوين او زوجة وابوين
ويلقبان بالعمريتين والغراوين والغريبتين وظاهر كلامه ان ثلث الباقي ليس
فرضا آخر غير الستة لذكره مع الثلث وان عده كثير فرضا سابعا زائدا على فروض
القرآن فانه ليس بشيء لانه في الحقيقة اما سدس او ربع فليحفظ ولو كان مكان
الاب فيهما جد صحيح فلها ثلث الجميع عندهما وعامة الصحابة والعلماء خلافا لابي
يوسف فعنده هو كالاب قلت وكتبت في شرح التنوير ان الجد كالاب الا

الا في اربعة عشر مسئلة خمس في الفرائض وباقيها في غيرها وللاثنين فصاعدا من
ولد الام اي الاخ والاخت لام لآية الكلالة قلت وقد اختلف في معنى الكلالة على
اقوال ستة اصحها من لا ولد له ولا والد يقسم عليهم لذكرهم وانثاهم بالسوية
عند الاجتماع بالاجماع والسدس فرض سبعة للواحد منهم ذكرا او انثى او خنثى
بالاجماع وللام عند وجود الولد كذلك او ولد الابن وان سفل كذلك او الاثنين فصاعدا
من الاخوة والاخوات مطلقا لما تقرر ان اقل الجمع هنا اثنان فان قلت لم حجبها
ولد الابن كابيه دون ولد الاخ كابيه قلت لاطلاق الولد عليه مجازا شايعا بل قيل
حقيقة بخلاف اطلاق الاخ على ولده ولقوته حجبا فائدة لو ولد ولدان ملتصقان
لهما رأسان واربعة ارجل واربعة ايد وفرجان فعن ابن القطان من الشافعية انهما
كالاثنين من جميع الاحكام من حجب وارث وقصاص وغيرها قال شيخ شيخنا العلاوي
الامام واليه اذهب ولم اجدها فيما عندي من كتب المذهب وللاب مع الولد ولو خنثى
او ولد الابن وان سفل كذلك اذا كان وارثا فان لم يكن معه فرع وارث له بفرض له
عند الجمهور وكذا السدس للجد الصحيح مع من ذكر عند عدمه لسقوطه به
بالاجماع والجد الصحيح هو من لا يدخل في نسبته الى الميت ام او جدة ولا يكون
الا واحدا فان دخلت في نسبته ام فجد فاسد ويتعدد وللجدة الصحيحة عند
عدمها اي الام لسقوطها بها كما يأتي في الحجب والجدة الصحيحة وهي من لا يدخل
في نسبتها الى الميت جد فاسد وتتعدد ولبنت الابن وان تعددت ولو من ابنين
فاكثر وهذا مع وجود البنت الواحدة من بنات الصلب تكملة للثلثين وللاخت
لاب كذلك اي وان تعددت مع وجود الاخت الواحدة لابوين تكملة للثلثين وعليه
الاجماع قلت فتلخص ان جملة اصحاب الفروض ثلاثة عشر نفرا تسع من الاناث
الام والجدتان وذوات النصف الاربع والاخت لام والزوجة واربع من الذكور الاب
وابوه والاخ لام والزوج وباقي الذكور الوارثين عصبات كما افاده بقوله فصل
والعصبة الحقيقية هو العصبة بنفسه وهو ذكر ليس في نسبته الى الميت انثى

فيه نظر لان الاخ لاب وام يدخل في نسبته انثى ولجيب بان المراد ينتسب بالانثى
فقط قلت وفيه ما لا يخفى فلذا قال ابن الهمام في كفايته وليس يخلو حده عن نقد
فينبغي تعريفه بالعد ثم عدهم اربعة عشر وهو من يأخذ ما ابقته الفرائض
اى جنسها وعند الانفراد بنفسه يحرز جميع المال بجهة واحدة ثم الاربعة عشر
اصناف جزء الميت ثم اصله ثم جزء ابيه ثم جزء جده كما قال ما قربهم اليه جزء الميت
وهو الابن وابنه وان سفل عثلث الفا ثم بعده اصله وهو الاب وابوه الجد
الصحيح كما مر وان علا عند عدم الاب واما تقديمه على الاخوة فمذهب الخليفة الاقدم
وعليه امامنا الاعظم كما يأتي في الحجب ثم بعده جزء ابيه وهم الاخوة لابوين او لاب
بعد الاشقاء ثم بنوهم وان سفلوا كابن ابن الاخ لابوين او لاب ثم بعد ذلك
جزء جده وهم الاعمام لابوين او لاب ثم بنوهم وان سفلوا كما تقدم ثم جزء
جد ابيه وهم اعمام ابا الميت كذلك اى لابوين ثم لاب ثم بنوهم لابوين ثم
لاب وان سفلوا كما في ولاية الانكاح وبعد ترجيحهم بقرب الدرجة يرجحون
بقوة القرابة فمن لابوين اولى ممن لاب كما يأتي قلت واذا اجتمع في درجة واحدة
جماعة من العصبة قسم عليهم باعتبار ابدانهم لا باعتبار اصولهم كابن اخ وعشرة
بني اخ اخرى او ابن عم وعشرة بني عم اخر فالمال بينهم على احد عشر سهما لكل سهم
ولما ذكر العصبة بنفسه ذكر العصبة بغيره وهو من فرضه من النساء النصف
عند الانفراد والثلثان عند التثنية والجمع وذكر الضمير باعتبار العصبة وهن الاربع
من النساء كما مر فانهن يصرن عصبة باخوتهن ولو حكما كابن ابن يعصب من مثله
اوفوقه كما يأتي وحينئذ يقسم المال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وافاد ان الشقيقة
انما تصير عصبة مع اخيها الشقيق لا مع الاخ لاب بل يفرض لها معه وعليه الاجماع ومن
لا فرض لها من الاناث واخوها عصبة بنفسه لا تصير عصبة به كذات فرض لاختصاص
ذلك بنوعين البنات بالبنين والاخوات بالاخوة ضرورة انه لا يساوي نصيبها نصيبه
او يفوقه اما من لا فرض له منهن فلا كالعمة وبنت العم وبنت الاخ لانهن من ذوي الارحام

الارحام قلت وهذا بالاجماع وخلافه خطأ وان اوهمه عبارة التنوير كما نبهنا عليه في شرحه
وفي السراجية وليس ابن الاخ بالمعصب من مثله او فوقه في النسب واعلم ان قول بعضهم
اربعة من الذكور يعصبون اخواتهم الابن وابنه والاخ لابوين او لاب تقريب لما ذكرنا ان
ابن الابن يعصب بنت عمه وبنت عم ابيه وبنت عم جده وعمته وعمة ابيه وعمة جده
وكذلك قولهم اربعة من الذكور لا يعصبون اخواتهم ابن الاخ والعم وابن العم والمعتق
لان الاب لا يعصب اخته وهي العمة والجد لا يعصب اخته وهي عمة الاب فتنبه ولما ذكر العصبة
بغيره ذكر العصبة مع غيره وهم الاخوات لابوين او الاخوات لاب مع البنات
او بنات الابن وان سفل لقول الفرضيين اجعلوا الاخوات مع البنات عصبة والمراد
من الجمعين هنا الجنس قلت والفرق بين البا ومع ان الباء للالصاق فتفيد مشاركته
في حكم العصوبة بخلاف مع فانها للمقارنة لا للمشاركة في الحكم وقال البديع الباء للسببية
ومع شرطية فافترقا وذو الابوين من العصبات ذكرا كان او انثى مقدم في الميراث
على ذي الاب فقط حتى ان الاخت لابوين اذا صارت عصبة مع البنت او بنت الابن تحجب
اى تمنع الاخ لاب لقوة قرابتها لقوله عليه السلام ان اعيان بني الاب والام يتوارثون
دون بني العلات يرث الرجل اخاه لابيه وامه دون اخيه لابيه رواه الترمذي وابن ماجة
تنبيه واعلم ان الاخوة ثلاثة اصناف بنو الاعيان وهم الاخوة والاخوات لاب
وام وبنو العلات وهم الاخوة والاخوات لاب وبنو الاخياف وهم لام وعصبة
ولد الزنا وولد المرأة الملاعنة مولى امه اى يتوارثان من قبل الام لانه لا اب لهما ويفترقان
في مسئلة واحدة هي ان ولد الزنا يرث من توأمه ميراث اخ لام وولد الملاعنة يرث
التوأم ميراث اخ لابوين قلت والمراد بالمولى ما يعم المعتق والعصبة ليعم ما لو كانت
الام حرة الاصل كما بسطه العلامة قاسم واما الولد المشترك نسبه من الامة فيرث
من كل ميراث ابن كامل ويرثانه ميراث اب واحد واقرباء كل منهما ينسبون اليه
بجهة ابوة كاملة ويشارك بعضهم بعضا في ميراثه فكانهم اقرباء اب واحد وان مات
احدهما فهو للباقي منهما يرث منه ميراث اب كامل والاب مع البنت صاحب حظين فرض

وتعصيب ومن حرف المفتي انه يقول للبنت النصف وللاب ما بقي يروى ان الحجاج سأل الشعبي
رحمه الله عن بنت واب فقال للبنت النصف والباقي للاب فقال اصبت في المعنى واخطأت
في العبارة هلا قلت للاب السدس وللبنت النصف والباقي للاب فقال الشعبي اخطأت
واصاب الامير قلت وهذا ثابت في عامة نسخ المتن ساقط من نسخة شرح العلائي
الامام واخر جميع العصبات قال المجنس مولى العتاقة وهو عصبة بنفسه ولو انثى وسبب ولاء
العتاقة العتق على ملكه لا الاعتاق بدليل اعتق قريبه بملكه ولانه يقال ولاء العتاقة لا ولاء الاعتاق
والاضافة دليل الاختصاص ثم عصبته بنفسه على الترتيب المذكور في العصبة بنفسه لقوله
عليه الصلوة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب قلت وليس هنا عصبة بغيره ولا مع غيره
لقوله عليه السلام ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن الحديث وهو وان كان فيه شذوذ
لكنه تأكد بكلام كبار الصحابة فصار بمنزلة المشهور كما بسطه السيد واقره في منح الغفار
وقد انكره العيني واقره العلائي الامام قلت ومن شرائط ثبوت الولاء ان لا تكون الام
حرة الاصل فان كانت فلا ولاء لاحد على ولدها ولو الاب معتقا لما تقرر ان الولد يتبع
الام كما في البدايع وعامة الكتب وقد حررته في الولاء فليحفظ ثم ذكر ثلاث فروع فقال
فمن ترك اب مولاه وابن مولاه فماله كله لابن مولاه دون ابيه عندهما وعند ابي يوسف
للاب السدس والباقي للابن عصوبة قياسا على الارث قلنا ذلك بالفرضية لا
بالعصوبة ولا فرضية في الولاء اصلا والثاني لو كان مكان الاب جد صحيح فكله للابن
عصوبة اتفاقا ولا شيء للجد عندهم قلت وهذه من المسائل التي ليس الجد فيها
كالاب بالاتفاق والثالث لو ترك جد مولاه واخاه فالجد اولى على الترتيب المتقدم
وهذا عنده وعندهما يستويان وهذا فرع اختلافهم في ميراث الجد مع الاخ فعنده
الجد يسقط الاخ خلافا لهما واما بنت المعتق فلا شيء لها في ظاهر الرواية وافتى
بعضهم بدفعه لها بل ولذوي ارحامه بل وللولد رضاعا كما يرد على الزوجين في زماننا
كما في الاشباه والقنية عن الزيلعي عن النهاية واقره العلائي الامام قلت والمراد في زماننا
من افتى بهذا ولا من قضى به وعلى القول به فينبغي جوازه ديانة فليحرر وليتدبر والعصبة

والعصبة بنفسه كما مر انما يأخذ ما فضل عن ذوي الفروض اي جنسها فان لم يفضل شيء
سقط عندنا وحينئذ فلو تركت المرأة زوجا واخوة لام واخوة لابوين واما او جدة
فاصل المسئلة من ستة فالنصف ثلاثة للزوج والسدس واحد للام او الجدة
والثلث اثنان للاخوة لام بالنص ويسقط الاشقاء وحينئذ لا يشاركهم اي الاخوة
لام الاخوة لابوين في الثلث لانهم عصبة ولم يبق لهم شيء وهو قول ابي بكر
وعمر وعلي وابن عباس وغيرهم وعن عمر انه شرك بينهم في العام القابل حين قال له
الاشقاء هب ان ابانا كان حمارا او حجرا ملقى في اليم وقال ذلك على ما قضينا اي يومئذ وهذا
على ما نقضي اي اليوم فافاد ان الاجتهاد لا ينقض الاجتهاد ولذا تسمى هذه المسئلة عند
من شرك كالشافعي المشتركة والحمارية والحجرية واليمية لما روينا وكذلك يفرض مالك
والشافعي للاخت لابوين او لاب النصف وللجد السدس مع زوج وام فتعول التسعة
وتسمى المنبرية والاكدرية وعند ابي حنيفة واحمد تسقط الاخت قلت وحاصله
انه ليس عندنا مسئلة المشتركة اتفاقا ولا مسئلة الاكدرية على المفتى به كما يأتي

فصل في الحجب وهو لغة المنع وشرعا منع وارث باقرب منه عن ارثه كله
ويسمى حجب حرمان او بعضه ويسمى حجب نقصان وفيه معنى اللغة وهذا لو المنع لمعنى
في غيره فلو لمعنى في نفسه ككونه رقيقا او قاتلا او كافرا او متباينا في الدار فانه يسمى
محروما لا محجوبا ثم حجب الحرمان عن الارث بالمرة منتف في حق ستة ثلاث من الذكور
وثلاث من الاناث وهم الابن والاب والبنت والام والزوج والزوجة فهم الابوان
والولدان والزوجان فلا يحجبون حرمانا اجماعا بل يحرمون بالقتل ونحوه كما مر
ومن عداهم عصبة او ذا فرض يحجب الابعد بالاقرب كالابن يحجب اولاد الابن ويحجب
ذو القرابة الواحدة بذي القرابتين كالاخ لاب بالاخ لابوين فان تفاوتت الدرجة
فلا اعتبار بالقوة بل يعتبر قرب الدرجة وكل من يدلي ملصقا قرابته بشخص
لا يرث ذلك المدلي معه بل يحجب مطلقا الا اولاد الام اي الاخوة والاخوات لام حيث
يدلون بها الى الميت ويرثون معها لعدم استغراقها التركة بجهة واحدة وتحجب

الاخوة مطلقا بالابن وابنه وان سفل وبالاب اجماعا وبالجد الصحيح على الصحيح المختار للفتوى
كما يأتي ويحجب اولاد العلات بالاخ لابوين ايضا وعندهما لا تحجب الاخوة لابوين او لاب
بالجد اب الاب وان علا واما الاخوة لام فمحجوبون بالجد اجماعا وبالولد ولو انثى بل
الاخوة ولو اناثا يقاسمونه عندهما على اصول زيد بن ثابت رضي الله عنه وبه اخذ زفر
والحسن ومالك والشافعي وحينئذ هو كاخ واحد في المقاسمة ان لم تنقص المقاسمة
معهم عن مقدار الثلث وذلك عند عدم ذي الفرض وله حينئذ افضل الامرين من المقاسمة
ومن ثلث الجميع قلت وضابطه ان معه دون مثليه فالمقاسمة خير له او مثلاه فسيان
او اكثر فالثلث خير له وصور الاول خمس فقط جد واخ او اخت او اختان او ثلاث
اخوات او اخ او اخت والثاني ثلاثة جد واخوان واربع اخوات او اخ او اختان
والثالث لا ينحصر او لم تنقص المقاسمة معهم عن مقدار السدس وذلك عند وجوده
اي ذي الفرض فيعطى فرضه من اقل مخارجه والجد حينئذ خير امور ثلاثة المقاسمة او ثلث
الباقي او سدس الجميع ويعد ولد الاب على الجد اضرارا له ثم يخرجون من البين خائبين
وشكله كثير كجد واخ لابوين واخ لاب استوى الثلث والمقاسمة فللجد الثلث
والباقي للشقيق ويمضي الاخ لاب خائبا ولو بدله اخت لاب فللجد خمسان والباقي
للشقيق وتخرج الاخت خائبة الا اذا كان في المسئلة شقيقة واخت لاب مثلا
فان ما زاد على مقدار النصف للشقيقة يكون لاولاد الاب واعلم ان زيدا لم يفرض
للاخت مع الجد ابدا الا في الاكدرية وهي زوج وجد وام واخت لابوين او لاب اصلها
من ستة وتعول لتسعة وتصح من سبعة وعشرين للزوج تسعة وللام ستة وللجد
مع الاخت اثنى عشر للجد ثمانية وللاخت اربعة وسميت اكدرية لانها كدرت على زيد
مذهبه من ثلاثة اوجه العول والفرض للاخت وجمع الفرضين قلت وهي من المتشابه
التي يعايا بها فيقال ورثة اربعة اخذ احدهم ثلث المال والثاني ثلث الباقي والثالث
ثلث ما بقي والرابع الباقي او يقال اخذ احدهم جزءا من المال والثاني نصف ذلك الجزء
والثالث نصف الجزئين والرابع نصف الاجزاء وفي المحيط وغيره قال مشايخنا

مشايخنا لولا هذه المسئلة لكان اصح الاقاويل بعد قول ابي بكر قول زيد رضي الله عنهما وقد قال
ابن عباس الا يتقي الله زيد يجعل ابن الابن ابنا ولا يجعل اب الاب ابا فلذا قال والفتوى
على قول الامام الاعظم كما هو قول الخليفة الاعظم من غير تردد في ذلك فافهم وكذا في متن
السراجية انه على قول الامام الفتوى وان قال مصنفها في شرحها كالمبسوط والمجتبى ان الفتوى
على قولهما قلت ولذا استحسن بعض المتاخرين من مشايخنا في مسائل الجد الفتوى بالصلح
في مواضع الخلاف وقالوا اذا كنا نفتي بالصلح في تضمين الاجير المشترك لاختلاف الصحابة
رضي الله عنهم فالاختلاف هنا اظهر فالفتوى فيه بالصلح اولى كما نقله شيخ شيخنا العلاي
الامام عن المبسوط وشرح السراجية لحيدر فتدبر واذا استكمل بنات الصلب الثلثين
سقط بنات الابن الا ان يكون بحذائهن اي معهن في درجتهن او اسفل منهن بدرجة
او اكثر ابن ابن فيعصب بنصب الباء عطفا على ان يكون من كانت معه بحذائه ومن فوقه
ممن ليست بذات سهم وان لم يكن في درجته ويسقط ابن الابن من دونه في الدرجة
لانه اقرب وتمامه في المطولات ويسمى التشبيب واذا استكمل الاخوات لابوين الثلثين
سقط الاخوات لاب الا ان يكون معهن اخ لاب فيعصبهن وقدمنا انه ليس ابن الاخ
بالمعصب والجدات الصحيحات من جهة الام او الاب كلهن يسقطن بالام اجماعا وتسقط
الابويات خاصة دون الاميات بالاب ايضا كما يسقطن بالام وكذا يسقطن بالجد اذا كن
من قبله فلذا قال الا ام الاب وان علت فانها لا تسقط بالجد لانها ليست من قبله
اذ هي زوجته فترث معه الاولاد كلما ازداد درجة زيد جدة الى غير نهاية واما الاب فلا
يرث معه الا جدة واحدة من قبل الام لان الصحيحة من قبلها واحدة فقط والابويات يحجبن
به والجدة القربى منهن من اي جهة كانت تحجب البعدى من اي جهة كانت وهذا ساقط
من نسخة شيخ شيخنا العلاي الامام ولا بد منه فتنبه وارثة كانت القربى او محجوبة كام
الاب معه فانها ولو محجوبة بالاب تحجب ام ام الام هو الصحيح كما لو كانت وارثة واعلم
انه يؤخذ لكل جدة درجتان على طريق تضعيف بيوت الشطرنج فللجدة الاولى اثنان
اثنان
ام امه وام ابيه وللثانية اربعة وللثالثة ثمانية وللرابعة ستة عشر وللخامسة

وثلاثون جدة وهكذا وهذا مع معرفة عدد الجدات الوارثات كم بازائهن من الساقطات مبسوطة في المطولات واذا اجتمع في درجة واحدة جدتان صحيحتان احديهما ذات قرابة واحدة كام ام الاب فقط والاخرى ذات قرابتين كام ام الاب وهي ايضا ام ام الام بان زوجت امرأة ابن ابنها بنت بنتها فولد بينهما ولد فهذه الامرأة جدته لابويه فثلث السدس لذات القرابة الواحدة وهي الجدة الاولى وثلثاه للاخرى اي لذات القرابتين بهذه الصورة وهذا عند محمد باعتبار الجهات وبنصف بينهما باعتبار الابدان عند ابي يوسف ومعه ابو حنيفة كما في المجمع والتنوير وبه قال مالك والشافعي وبه جزم في الكنز فقال وذات جهتين كذات جهة قلت فكان هو المرجح وان اقتصر صنيع المصنف خلافه فليتنبه له واصل هذا ان الترجيح بكثرة العلة لا يجوز على ما عرف في الاصول ثم الوضع في ذات قرابتين اتفاقي لامكان الزيادة الى غير نهاية وعند ابي يوسف يقسم انصافا مطلقا وعند محمد باعتبار الجهات وان كثرت فليحفظ والمحروم عن الارث بالقتل مباشرة كما مر ونحوه ككفر ورق لا يحجب عندنا اصلا بل يلتحق بالعدم في باب الارث وعليه عامة الصحابة وعن ابن مسعود انه يحجب نقصانا لا حرمانا والمحجوب حرمانا بغيره يحجب كلا الحجبين اتفاقا كما مر الجدة ابنها تحجب بالاب مثلا وتحجب البعدى كام ام الام حرمانا وكالاخوة والاخوات مطلقا يحجبهم الاب حرمانا ومع ذلك يحجبون الام من الثلث الى السدس نقصانا ويختص حجب النقصان بخمسة بالام وبنت الابن والاخت لاب والزوجين

فصل في العول وضده الرد كما يأتي فالمسائل اقسام ثلاثة عادلة وعاذلة وعائلة اي منقسمة بلا كسر او بالرد او بالعول هو اصطلاحا زيادة السهام على مخرج الفريضة فلذا قال واذا زادت سهام الفريضة على مخرج الفريضة المسمى باصل المسئلة فقد عالت ومخارج الاصول سبعة خمسة حالة الانفراد مخرج النصف والثلث والربع والسدس والثمن وثلاثة حالة الاجتماع ستة واثنا عشر واربعة وعشرون ولكن لا حاجة لعد الستة مرتين [illegible] كما لا حاجة لمخرج الثلثين لان اصله اصل الثلث فليحفظ واربعة مخارج من السبعة الاصول لا تعول وهي الاثنان والثلاثة والاربعة والثمانية فهذه لا تعول بالاستقراء وثلاثة تعول وهي الستة وضعفها وضعف ضعفها فالستة تعول اربع عولات الى العشرة وترا وشفعا فتعول

فتعول للسبعة كزوج وشقيقتين والثمانية كهم وام والتسعة كهم واخ لام والعشرة كهم واخ آخر لام ووجه الحصر في الاربعة ان اجزاءها اربعة سدس وثلث وثلثان ونصف فتبلغ عشرة والاثني عشر تعول الى سبعة عشر ثلاثا على توالي الافراد وترا لا شفعا فتعول لثلاثة عشر كزوجة وشقيقتين وام وللخمسة عشر كهم واخ لام وللسبعة عشر كهم واخ آخر لام ووجه الحصر ان اجزاءها خمسة نصف وربع وثلث وثلثان وسدس تضم اليها فتبلغ سبعة عشر والاربعة والعشرون تعول الى سبعة وعشرين فقط عولا واحدا بثمنها عند الجمهور كما في المسئلة المنبرية وهي امرأة وبنتان وابوان وسميت منبرية لان عليا رضي الله عنه سئل عنها وهو على المنبر يقول في خطبته الحمد لله الذي يحكم بالحق قطعا ويجزي كل نفس بما تسعى واليه المآب والرجعى فسئل عنها حينئذ فقال من رديها والمرأة صار ثمنها تسعا ومضى في خطبته فتعجبوا من فطنته فان قلت لم عالت الستة شفعا ايضا وبجميع اجزائها دون غيرها قلت لانها مخرج اصلي فقوي فكانه كام الباب فلذا اعتبرنا جميع اجزائها بخلاف الاثني عشر والاربعة والعشرون فانهما مخرجان نقليان فاعتبرنا الجزء الذي هو سبب النقل وهو وتر لانه في الاثني عشر ربع وفي الاربعة والعشرون ثمن وكل منهما وتر فعالتا بالوتر ولقرب مخرج الاثني عشر للمخرج الاصلي القوي فقوي فعال ثلاثا ونقص عولة واحدة ولبعد مخرج الاربعة والعشرين ضعف فعال عولة واحدة وعن ابن مسعود عولتين الى احد وثلاثين ايضا بناء على مذهبه ان المحروم عنده يحجب نقصانا لا حرمانا كزوجة وام وشقيقتين واختين لام وابن محروم فعنده للزوجة الثمن ثلاثة وللام اربعة وللشقيقتين ستة عشر وللاختين لام ثمانية وتسمى ثلاثينية ابن مسعود وعندنا اصلها من اثني عشر وتعول لسبعة عشر لان المحروم لا يحجب كما مر وعليه الفتوى ولقوة الستة تكون عادلة وعاذلة وعائلة ولضعف ضعفها وضعف ضعفها لم يكن فيها العدل اصلا بل ما ردية وعائلة كما انتفى العول من كل مسئلة اصلها اثنان وثلاثة بل اما ردية او عادلة وكما انتفيا اي العدل والعول من كل مسئلة اصلها اربعة او ثمانية بل دائما ردية ثم كل مسئلة اصلها ثمانية او اربعة وعشرون او ستة وثلاثون او العائلة لسبعة عشر فالميت ذكر وفي الستة العائلة لثمانية او تسعة او عشرة فهو انثى وفي غير ذلك يحتمل ويحتمل والاصل الاصيل في ذلك الاستقراء مهمة في معرفة مقدار ما ينقص العول من نصيب كل وارث طريقه ان تنسب سهام العول لاصل المسئلة بعولها فما كان اسم النسبة فهو قدر النقص فلو عالت الستة لسبعة مثلا كزوج وشقيقتين فالعول سهم زائد فانسبه الى السبعة يكن سبعا

وهو قدر ما نقص العول من نصيب كل وارث قبل العول ولو نسبته للاصل بلا عول كان الحاصل قدر
ما نقص العول من نصيب كل من الورثة الذى يأخذه بعد العول فيكون فى هذه سدسًا وقس على ذلك
واعلم ان الرد ضد العول بكامل لانه نقص فى سهام الفريضة فكانا ضدين وذلك بان لا تستغرق السهام
اى الفروض الفريضة مع عدم العصبة المستحقة للباقى فيرد الباقى على ذوى السهام اجماعًا لفساد
بيت المال سوى الزوجين فلا يرد عليهما وقال عثمان رضى الله عنه يرد عليهما ايضًا كما فى المنح وغيرها
قلت وجزم فى الاختيار بان هذا وهم من الراوى فراجعه وقد قدمته هنا وفى الولاء فارجع اليه
بقدر سهامهم اى بحسب النسبة بين سهامهم ثم مسائل الرد اربعة اقسام لان المردود عليه اما
صنف او اكثر وعلى التقديرين اما ان يكون من لا يرد عليهما او لا فالاول ان كان من يرد عليه جنسا
واحدا كبنات او اخوات وليس معهم من لا يرد عليه فالمسئلة حينئذ تقسم من عدد رؤسهم
بالغا ما بلغ ابتداء قطعا للتطويل والثانى ان كانوا جنسين او اكثر اى ثلاثة لا اكثر بالاستقراء
فلو عبر بها لكان اولى فمن مجموع عدد سهامهم فمن اثنين تجعل المسئلة لو كان فى المسئلة
سدسان كجدة واخت لام ومن ثلاثة لو سدس وثلث كاخت اخرى لام ومن اربعة لو سدس
ونصف كام وبنت ومن خمسة لو ثلث ونصف كام واخت لغير ام او سدسان ونصف
لهم واخت لام او ثلثان وسدس كبنتين او اختين لغير ام وام فكلها من خمسة والثالث
ان كان مع القسم الاول من لا يرد عليه وهو الزوجان اعطى من لا يرد عليه فرضه من اقل مخارجه
ثم قسم الباقى بعده على رؤسهم ووقع فى نسخة العلاى الامام على ذى سهم وفيه ما فيه فان
استقام عليهم فبها كزوج فله الربع وثلاث بنات لهن الباقى ثلاثة مستقيم عليهن
والا يستقيم فان وافق ضرب وفق رؤسهم فى مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج وست بنات
فوفقها اثنان تضرب فى الاربعة تكون ثمانية فمنها تصح وان لم يوافق بل باين ضرب كل
عدد رؤسهم فيه كزوج وخمس بنات فالثلاثة تباين الخمسة فاضربها فى الاربعة تبلغ عشرين
ومنها تصح والرابع ان كان مع القسم الثانى وهو هنا الجنسان فقط لا الثلاث اذ لا رد مع اربع
طوائف اصلا بحكم الاستقراء قلت فاراد بالثانى بعضه لا كله فليتنبه له فانه قد خفى على كثير
حتى الباقانى حيث صرح بالاكثر وهو سهو ظاهر ولكن لا يدركه الا من هو فى هذا الفن ما هو والحمد لله
تعالى على نعمائه فقد بلغت فى هذا العلم الغاية من البداية الى النهاية من لا يرد عليه فقسم الباقى
من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسئلة من يرد عليه ان استقام فتصح بلا ضرب قلت
ويوجد فى بعض نسخ المتن وان استقام بالواو وهكذا بخط الشارح الباقانى وفيه ما فيه
لان ذلك مشروط باستقامة الباقى عليهم كزوجة واربع جدات وست اخوات لام

لام فمخرج من لا يرد عليه اربعة للزوجة يبقى واحد ثلاثة تستقيم على سهم الجدات وسهمى الاخوات
لكنه منكسر على احاد كل فريق كما يأتى والا يستقيم ضرب جميع مسئلتهم فى مخرج فرض من لا يرد عليه
فما بلغ منه تصح فروض الفريقين كاربع زوجات وست جدات وتسع بنات اذ الباقى سبعة
لا تستقيم على الخمسة فاضربها فى الثمانية تبلغ اربعين فمنه تصح ثم اذا اردت اخراج فرض كل فريق
يضرب سهام من لا يرد عليه فى الغا ما بلغ كذا بخط شيخ شيخنا العلاى الامام قلت وفيه كلام
لا يخفى على الماهر لانه سهم واحد ابدا لانه مخرج الفرض ولعل غرضه تعبير الماتن بالسهام فى
مسئلة من يرد عليه بالغا ما بلغ وهو هنا خمسة يكن خمسة للزوجات الاربع ويضرب سهام كل فريق
من يرد عليه فيما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه وهو هنا سبعة يكن للجدات سبعة وللبنات
ثمانية وعشرين قلت وفى كلام العلاى الامام هنا كلام لا يخفى على ذوى الافهام وحينئذ استقام
فرض كل فريق لكنه منكسر على احاد كل فريق فلا بد ان يصحح على رؤس كل فريق بالاصول السبعة
الآتية فى حساب الفرائض فتصح هذه من الف واربعمائة واربعين والتى قبلها من ثمانية واربعين
واعلم ان جميع مسائل الفرائض ثلاثة اقسام اما عائلة او عادلة او قاصرة كما مر وانه لا يتصور
فى باب الرد الانكسار على ثلاثة اجناس الا اذا كان فيها زوجات كما اشرنا اليه وان اصول مسائل
الرد على ما عليه الجمهور ثمانية اثنان وثلاثة واربعة وخمسة كما عرفت وثمانية كزوجة وبنت اصلها
ثمانية وكزوج وبنت وام فان اصلها ستة عشر وكزوجة وبنت وجدة اصلها اثنان وثلاثون
وكزوجة وام وبنت وبنت ابن فان اصلها اربعون وان الاربعة الاخيرة لا بد فيها من احد الزوجين
بعكس الثلاثة والخمسة واما الاربعة والاثنان فيشتركان فصل فى توريث ذوى الارحام
والاصل فيه قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض فى كتاب الله اى فى حكمه وللاجماع ان الجدة
ترث مع انها لم تذكر فى القران وللحديث البخارى وغيره الخال وارث من لا وارث له وعليه
اجماع الخلفاء الاربعة وقد ذكر الخصاف انه متى اجتمعت الخلفاء الاربعة على شئ كان حجة لا يسع تركه
ذو الرحم لغة القريب مطلقا وشرعا قريب ليس هو بعصبة ولا ذى سهم فهو حينئذ قسم
ثالث وحكمه انه يرث قريبه كما يرث العصبة النسبية لكن عند عدم العصبة وذى السهم
سوى الزوجين لان الرد مقدم عليه بلا خلاف فمن انفرد منهم ولم يوجد معه وارث غيره
احرز اى استحق جميع المال لعدم المزاحم ويرجحون عند الاجتماع بقرب الدرجة ثم بعده
بقوة القرابة كترتيب العصبات فلا يرث احد من الصنف الثانى وان قرب وهناك احد
من الصنف الاول وان بعد وكذا الثالث مع الثانى والرابع مع الثالث وعليه الفتوى
قلت فما قدمه فى الاختيار ليس بالمختار وسيجئ عند قوله ويقدم جزء الميت ثم بعد ذلك يرجحون

ايضا بكون الاصل المدلى به وارثا عند اتحاد الجهة يعني اذا استووا درجة وقوة وجهة قدم
ولد الوارث لزيادة قربه كبنت بنت ابن وبنت بنت بنت وكبنت ابن اخ وبنت بنت
اخ لاب فالمال كله للاولى فان لم يستووا درجة قدم الاقرب وان ادلى الابعد بوارث
كبنت بنت وبنت بنت ابن وكخالة وبنت عم فالاولى اولى اتفاقا اما ان اختلفت
الجهة بان كانوا من جهتين فلقرابة الاب كالعمة الثلثان ولقرابة الام كالخالة الثلث اعتبارا
للمدلى به ولو اعتبر الابدان لقسم نصفان وليس كذلك عند علماء الاعيان ثم يعتبر الترجيح
المذكور اولا في كل فريق عند الاجتماع كما يعتبر ذلك لو انفرد كما مر انفا واعلم انه عند الاستواء في
القرب والقوة والجهة ولم يكن فيهم ولد وارث او كان كلهم ولد وارث فالقسمة باعتبار
الابدان فان ذكورا او اناثا فعلى السواء وان اختلطوا كان للذكر مثل حظ الانثيين كما في العصبات
وهذا معنى عند اتحاد الجهة ويعتبر في القسمة ابدان الفروع ان اتفقت الاصول ذكورة او انوثة
اتفاقا كابن بنت وبنت بنت فالمال للذكر كالانثيين بالاتفاق وكذا يعتبر الابدان ان اختلفت
الاصول صفة عند ابي يوسف في قوله الاخير وعند محمد تؤخذ الصفة من الاصول اولا ويؤخذ
العدد من الفروع ثانيا بان تجعل الاصول متعددة لو فروعها متعددة عند القسمة ويقسم
المال على اول بطن وقع فيها الاختلاف بين الاصول في صفة الذكورة والانوثة فلو ترك بنت ابن
بنت وابن بنت بنت فعند ابي يوسف المال بين الفرعين اثلاثا باعتبار ابدانهم وعند محمد يقسم
المال بين الاصلين في البطن الثاني اثلاثا لان الاختلاف وقع هناك ثم يجعل عند محمد الذكور طائفة
على حدة ويجعل الاناث طائفة على حدة بعد القسمة بينهم للذكر كالانثيين فيقسم ايضا نصيب
كل طائفة منهما على اول بطن اختلف فيه الاصول كذلك بان يجعلا طائفتين كما مر ان كان الاختلاف
وافقا في بطن بعد بطن الى ان ينتهي الاختلاف والا يكن الا فيه اختلاف وافقا بعد ذلك دفع حصة
كل اصل ذكر كان او انثى الى فرعه كذلك كما يعلم في مسائل التشبيب فلو ترك ابني بنت بنت بنت
وبنتي بنت ابن بنت وبنت ابن بنت بنت فعند ابي يوسف المال اسباعا كابدانهم وعند محمد يقسم
اولا على اعلى الخلاف اسباعا باعتبار عدد الفروع في الاصول ثم جعلنا الذكور طائفة ولهم اربعة
والاناث طائفة اخرى ولهن ثلاثة بين البنتين لا يستقيم اضربهما في اصل المسئلة تكن اربعة عشر
ومنه تصح وبقول محمد يفتى في جميع توريث ذوي الارحام وهو اشهر الروايتين عن الامام وعليه
الفتوى وان صحح في المختلف والمبسوط قول ابي يوسف لكونه ايسر على المفتي كما اخذوا بقوله في
بعض مسائل الحيض واعلم انهم بالاستقراء اربعة اصناف جزء الميت واصله وجزء ابويه وجزء
جديه او جدتيه وحينئذ يقدم الصنف الاول اي جزء الميت وهم اولاد البنات ذكورا او اناثا

او اناثا واولاد بنات الابن كذلك وان سفلن على بقية الاصناف لقوتهم ثم الصنف الثاني
اي اصله وهم الاجداد الفاسدون والجدات الفاسدات وان علوا ثم الصنف الثالث اي جزء
ابيه وهم اولاد الاخوات كلهن واولاد الاخوة لام ذكورا او اناثا وبنات الاخوة كلهم
ثم الصنف الرابع اي جزء جده او جدته وهم العمات مطلقا والخالات والاخوال كذلك والاعمام
لام وبنات الاعمام كلهم قلت وهذا الترتيب هو المفتى به كما قدمناه وقيل الاصناف خمسة
باعتبار اولاد الصنف الرابع ولذا افرده في السراجية بفصل على حدة واليه اشار المصنف بقوله
ثم يقدم بعد ذلك اولاد هؤلاء اي اولاد الصنف الرابع ومن يدلي بهم وحكمهم كما مر في الصنف
الاول ان اقربهم اولى وقيل الاصناف ستة باعتبار جهة عمومة ابوي الميت وابوي ابويه
وخؤولتهما واولادهم واليه اشار بقوله ثم يقدم جزء جدي ابيه اي الميت او جزء جد امه
وهم عمات الاب او عمات الام وخالاتهما اي الاب والام واخوالهما واعمام الاب لام واعمام الام
مطلقا وبنات اعمامهما اي الاب والام واولاد اعمام الام وقيل هؤلاء من الصنف الخامس والحكم
كما مر ولولا خشية الملال لاوسعت المقال ولكن من لم يستضئ بمصباح لم يستضئ باصباح
فصل في توريث الغرقى والهدمى وذي القرابتين والمجوس والحمل والمفقود والمرتد والاسير
فقال مقدما للاولين والغرقى جمع غريق والهدمى جمع هديم بمعنى المفعول فيهما اي اذا
ماتوا جماعة جميعا ولم يعلم ايهم مات اولا يقسم مال كل منهم على ورثته الاحياء ولا يرث
بعض الورثة الاموات من بعض على المعتمد المختار للفتوى عند اصحابنا وعليه عامة الصحابة
وعم كلامه ما اذا علم موتهما او موتهم معا او لم يعلم شيء او علم التلاحق دون تعيين السابق
فان علم عين السابق ورثه اللاحق بلا خلاف قلت فهذه اربعة احوال وبقي خامس وهو ما
لو علم ثم اشكل امره بعد ذلك ففي منح الغفار عن شرح المجمع انه يعطى كل باليقين ويوقف
المشكوك فيه حتى يتبين او يصطلحوا انتهى قلت وكذا في الاختيار شرح المختار من غير ذكر خلاف
ومثله في شرح السراجية لمصنفها وتبعه بعض شراحها ولكن تعقبه شيخ شيخنا العلائي الاطم
بانه ليس بصحيح عندنا رواية ولا دراية بل هو قول الشافعية ففي المبسوط والمحيط وغيرهما انه لو مات
احدهما ولم يدر ايهما هو جعلا كانهما ماتا معا من غير ذكر خلاف انتهى قلت وعللوه بتحقق
التعارض فتحقق التعارض ولكن في الارفاد وكذا يحكم لو اشكل السابق وهذا مذهب ابي حنيفة
رحمه الله انتهى قلت ومفاده ان مذهبهما بخلافه وحينئذ فعليه يحمل فليتأمل ثم ذكر شيخ
شيخنا العلائي انه لو برهن كل من الورثة ان اباه مات آخرا تهاترا عند ابي حنيفة وكذا لو ادعى
ورثة كل ان اب الآخر مات اولا وحلف لم يصدق اما لو برهن احدهما ان اباه مات آخرا يصدق

لعدم المعارض وكذا لو ادعى احدهم وحلف يصدق ثم قال ولو مات اخوان عند الزوال او الطلوع
او الغروب في يوم واحد احدهما بالمشرق والآخر بالمغرب ورث ميت المغرب من ميت المشرق لموته
قبله لان الشمس وغيرها من الكواكب تزول وتطلع وتغرب في المشرق قبل المغرب انتهى فليحفظ
قلت ومفاده انه لو اتحدت البلدة او تقاربت لم يكن الحكم كذلك فليراجع ذلك واعلم انه ان اجتمع
في شخص واحد جهتا فرض وتعصيب بان كان ابنا عم عصبة احدهما اخ لام بان نكح عمه امه
فولدت ابنا اعطى السدس فرضا ثم اقتسما الباقي عصوبة نصفين وكذا لو كان الآخر زوجا اعطى النصف
فرضا وفي معاياة الوهبانية ومن تركت ابناء عم ثلاثة فمن ارثها الثلثين احرز الاصغر
ومما يلقى اغلوطة ثلاثة بني عم احدهم زوج والآخر اخ لام وثلاثة اخوة متفرقين فالصواب
في الجواب انه لا شيء هنا للعصبة وتصح من اصلها ستة قلت وقد يجتمع جهتا تعصيب كابن
هو ابن ابن عم بان تنكح ابن عمها وكابن هو معتق وقد يجتمع جهتا فرض وانما يتصور في
المجوسي لنكاحهم المحارم فلذا قال ولا يرث المجوسي بالانكحة المستحلة عندهم الباطلة
عندنا لان النكاح الفاسد لا يوجب التوارث بين المسلمين فكذا بينهم وكل نكاح لو اسلما يقران
عليه يتوارثان والا لا كما في الجوهرة وغيرها واما بالقرابة فيتوارثون لثبوتها فلذا قال وان
اجتمع فيه قرابتان لو انفردتا في شخصين ورثا بهما شرعا يرث بهما جميعا عندنا فلو تزوج امه
فولدت بنتا ترث الثلثين من امها لانها بنتها وبنت ابنها فتاخذ السدس ايضا تكملة
الثلثين وعلى هذا القياس وان كانت احديهما تحجب الاخرى يرث المجوسي بالحاجبة
دون المحجوبة اجماعا فلو ماتت البنت عن امها وهي جدتها ترث بالامومة فقط ومتى جاؤنا
قسمنا بينهم مثلنا كما قدمنا ويوقف للحمل نصيب ابن واحد او بنت واحدة ايهما كان
اكثر هو الاصح المختار للفتوى لانه الغالب ويكفلوا احتياطا وعند ابي يوسف نصيب ابنين
وهذا لو الحمل يشاركهم او يحجبهم نقصانا فلو يحجبهم حرمانا وقف الكل قيل وكذا لو الولادة
قريبة دون شهر وبه جزم نزيل حلب في شرحه على السراجية ولكن الاطلاق اظهر كما ذكره الاكمل
في شرحها ولو لم يعلم ان ما في البطن حمل او لا لم يوقف فان ولدت تستانف القسمة ولو ادعت
الحمل عرضت على ثقة ولو ولدت ميتا لم يرث اي اذا خرج بنفسه اما لو اخرج فيرث ويورث
كما مر فان خرج اكثره حيا بما تعلم حياته ولو بتحرك عين وشفة ومات ورث وصلي عليه
وان كان خرج اقله حيا ثم مات فلا يرث كما لو ولدته لاكثر من سنتين فلو لستة اشهر فصاعدا
يرث ما لم يجاوز السنتين كذا في شرح السراجية لمصنفها وتبعه غيره قلت ومفاده انه
لو ولد لتمام السنتين يرث وليس كذلك كما تقرر في محله فتنبه وهذا الحمل من الميت والا

والا فلدون ستة اشهر ولتمامها تحقيقا منذ مات والا لا قلت ولما رما لو كان على احد
التقديرين يرث وعلى الآخر لا وقد حررته فيما علقته على التنوير وفي الوهبانية وحاملة ان تأت
بابن فلم ترث وان ولدت بنتا لها الثلث يقدر قلت وبقي المفقود وحكمه كالحمل فيوقف نصيبه
من مال مورثه فان ظهر حيا فله وان حكم بموته قسم ماله بين من يرثه عند الحكم بموته ويقدر كانه
مات حالة حكم الحاكم بموته وما وقف له يرد لورثة مورثه ولا يستحق المفقود ولا وارثه منه شيئا
كما تقرر في بابه وكذا المرتد يوقف ما اكتسبه في حال ردته في بيت المال عنده خلافا لهما والاسير المسلم
كغيره في الميراث ما لم يفارق دينه فكمرتد وان لم تعلم ردته ولا حياته ولا موته فكمفقود فان
جاء مسلما وانكر الردة بعد الحكم لم ينقض الحكم بانكاره لانه قضى بالحجة على من هو خصم فلا ترد
عليه امرأته ولا ماله الا ما كان قائما بعينه في يد وارثه كما في المرتد المعروف اذا جاء تائبا فصل
في المناسخة هي لغة النقل ونحوه وعرفا نقل التركة من وارث لآخر قبل القسمة كما افاده بقوله
ان يموت بعد الميت الاول بعض الورثة واحدا او اكثر قبل القسمة لتركة الميت الاول فاذا اردت
معرفة الانصباء فصحح المسئلة الاولى على ورثة الميت بالطريق الآتي في حساب الفرائض الذي لا يدركه
الا من هو في هذا الفن رائض وفي درر بحره غائص خائض فهو فيه بقلمه وفيه كالبحر الفائض الحمد لله
على نعمه ونسئله ان يزيح عنا كل عارض معارض وغبي غايض بوجه متناقض ليس جناحه للحق بخافض
ربنا افتح بيننا وبين قومنا بالحق وانت خير الفاتحين لكل مقفل غامض ثم صحح المسئلة الثانية الا اذا
اتحدوا كان مات عن عشرة بنين ثم مات احدهم عنهم فان استقام اي انقسم نصيب الميت الثاني
من مسئلة الميت الاول على مسئلته فبها والا ينقسم فان كان بينهما موافقة بجزء ما فاضرب وفق
التصحيح الثاني في كل التصحيح الاول ان وافق نصيبه مسئلته فالحاصل مخرج المسئلتين ويسمى ذلك
في اصطلاح الفرضيين الجامعة وان لا يكن بينهما موافقة بل كان بينهما مباينة فاضرب كل التصحيح
الثاني في كل التصحيح الاول فالحاصل من الضرب مخرج المسئلتين ويسمى ذلك جزء السهم ثم اذا
اردت معرفة نصيب كل وارث في المسئلتين من ذلك التصحيح اضرب سهام ورثة الميت الاول
في وفق التصحيح الثاني لو موافقا او في كله لو مباينا واضرب ايضا سهام ورثة الميت الثاني في
وفق ما في يده لو موافقا او في كله لو مباينا فما خرج من الضرب في الحالين فهو نصيب كل فريق
من المسئلتين لان تركة الميت الثاني هي بعض مسئلة الميت الاول فاذا ضرب جميع فريضة الاول
في الثانية ضرب كل فيها ضرورة لقيام الضرب بالطرفين فان مات ثالث ايضا قبل القسمة فاجعل
المبلغ الثاني مكان التصحيح الاول واجعل التصحيح الثالث مكان التصحيح الثاني وتمم العمل كما مر
وكذا تفعل ان مات قبل القسمة رابع او خامس او سادس وهلم جرا اي ويستمر على هذا

استزادا لكلمات واحد تقيمه مقام الثابتة والمبلغ الذى قبله مقام الاولى الى غير نهاية هكذا تخرج
مسائل هذا الباب والمستقل لها المهارة فى علم الفرائض والحساب الحمد لله الكريم الوهاب الملهم
للصواب وبالجملة فهو علم العمل فلا تغفل ولا احسن الا اضبط فى القسمة بطريق الجدول
وهو من الصناعة العجيبة والطريقة الغريبة اذ فيه راحة كبيرة للحاسب وقلة غلط على الكاتب
لكنه محتاج لقلم الهندى وانا اوضح لك بمثال كما هو مقرر عندى واخذته بسندى وكال جدى
عن ابى وجدى وتقريبه للمبتدى اى للميتين الاولين خمسة جداول ثم لكل ميت ثلاثة جداول
فاذا اردت معرفة الجداول كلها فاضرب عدد الاموات فى ثلاثة ابدا واطرح من الحاصل واحدا
ابدا فالباقى عدد الجداول المطلوبة فلو كان فى المسئلة ستة اموات فاضرب عددهم فى ثلاثة
يكن ثمانية عشر اطرح منها واحدا يبقى سبعة عشر هو عددها وليس جدول القيراط بداخل
فى ذلك لانه امر زائد على التصحيح وقد سموا هذا القلم بقلم الشباك وبقلم المنبر لانه يصير
كالشباك وكالمنبر والايسر الاخصر ان تكتفى برسمه فقط ولكن اياك ثم اياك ثم الغلط فنقول
وبالله التوفيق وبيده مقاليد التحقيق لو مات عن زوجه وثلاثة بنين وبنتين منها
ثم ماتت بنت عن المذكورين ثم ابن عن امه وابنين ثم ماتت الزوجة عن باقى اولادها
ثم ماتت البنت الباقية عن ابن وزوج ثم مات احد الابنين من الاولى عن اخيه وزوجته فارسم
الجدول هكذا اى سبعة عشر جدولا لان الاموات ستة وقد قسمتها لك واوضحتها
وحررت لك قيراطها بهذه الصورة

الاولى	ميت	زوج	ابن	ابن	ابن	بنت	بنت						
	٣٢	٨	٦	٦	٦	٣	٣						
		ام	اخ	اخ	اخ	اخت	ماتت	٣					
موافقة بالسبع	٤٢	٧	١٠	١٠	١٠	٥							
الثانية الجامعة الاولى	٣٨٤	٥٥	٩٤	٩٤	٩٤	٤٧		٢					
		ام		مات	مات			ابن	ابن				
موافقة بالنصف الثالثة	١٢	٢						٥	٥				
الجامعة الثانية	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]		[illegible]		[illegible]	[illegible]	٢٢			
مباينة		ماتت	ابن	ابن		بنت							
الرابعة	٥		٢	٢		١							
الجامعة الثالثة	[illegible]		[illegible]	[illegible]		[illegible]		[illegible]		[illegible]			
موافقة الخامسة						ماتت			زوج	ابن			
	٣								١	٢			
الجامعة الرابعة	[illegible]		[illegible]	[illegible]				[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]		
			مات	اخ								زوج	
السادسة	٣			٢								١	
الجامعة الرابعة المنقول وهى الخامسة	[illegible]			[illegible]				[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]
	٢٤			١٣				٢٠	٢	٠	٢	١٠	١٣
	٢			١				١	١	٢	٢	٢	١
القراريط	٥							١	١	٣	٢	٢	
اضلاع	٧			٣٠				٥	٥	٢	٧	٥	
القراريط	٧			٥				٥	٤	٥	٧	٢	

فصل في حساب الفرائض اعلم ان مخرج كل فرض مفرد اقل عدد يكون ذلك الفرض منه واحدا
صحيحا فالواحد الصحيح عدد عند النحاة دون الحساب فالواحد عندهم ليس بعدد بل مبدأ
العدد واختلف في تعريفه على اقوال احسنها ما قال ابن البناء انه ما تألف من الآحاد كالاثنين
فصاعدا ومن خواصه انه يساوي نصف مجموع حاشيتيه كالخمسة مثلا حاشيتها السفلى اربعة
والعليا ستة ومجموعهما عشرة نصفها خمسة وتمامه في المطولات وبه علم ان الواحد ليس بعدد
لخلوه عن الحاشية السفلى فافهم الفروض الستة السابقة نوعان ثلاثة نوع وثلاثة نوع اخر
بالاستقراء الاول النصف ونصفه وهو الربع ونصف نصفه وهو الثمن او تقول الثمن وضعفه
وضعف ضعفه والثاني الثلثان ونصفهما وهو الثلث ونصف نصفهما وهو السدس
او تقول السدس وضعفه وضعف ضعفه اي على التضعيف والتنصيف كما مر عند قوله والسهام
ستة فالنصف الذي هو فرض خمسة يخرج من اثنين والربع المفروض لاثنين من اربعة والثمن
المفروض لواحد من ثمانية والثلثان المفروض لاربعة والثلث المفروض لاثنين مخرجهما من ثلاثة
والسدس المفروض لسبعة من ستة والاصل ان مخرج كل كسر سميه الا النصف فمخرجه اثنان
وليسا سميه نعم عند الانفراد فالمخرج اصل المسئلة واما عند الاجتماع فلا يخلو اما ان يختلط كل
نوع بنوعه او احد النوع بالنوع الاخر فالاول مخرج الاقل مخرج للكل فالثمن مخرج للربع والنصف
والسدس مخرج للثلث والثلثين اذ قاعدة التداخل الاكتفاء بالاكثر والثاني ما ذكره بقوله
وان اختلط النصف من النوع الاول بالنوع الثاني اي بكله كمسئلة ام الفروخ زوج وام وشقيقتين
واختين لام او ببعضه فمن ستة كزوج وشقيقتين او وام او اختلط الربع من النوع الاول
بكل الثاني او ببعضه كزوجة وام وشقيقتين او اختين لام فمن اثني عشر لتركيبها من ضرب
اثنين في ستة او ثلاثة في اربعة او اختلط الثمن من النوع الاول بكل النوع الثاني او ببعضه فمن
اربعة وعشرين وصورة اختلاط الثمن بكل الثاني يتأتى في الوصايا او على رأي ابن مسعود
فافهم قلت وصور الاختلاط بالقسمة العقلية سبعة وخمسون لان النوع الاول ثلاثة والاختلاط
منه اربعة صار سبعة والنوع الثاني كذلك فاضرب السبعة في السبعة يبلغ تسعة واربعين
واختلاط كل نوع بعضه ببعض اربعة يكون ثمانية يبلغ مجموعهما ما ذكرنا لكن لا وجود شرعا
للاثنين منها اذ لا يتصور ربع وثمن الا ان يفرض الميت خنثى مشكلا على ما مر ويأتي فيبقى
سبعة وعشرون ثم اعلم ان بعض شراح السراجية كحيدر وامير الدولة قال انه لا يجتمع في مسئلة
اكثر من اربعة فروض يعرف ذلك بالاستقراء انتهى قلت قيل وفيه نظر لانه قد يجتمع في
مسئلة خمسة فروض كزوج وام واخت لابوين واخت لاب واختين لام فهذه من ستة

من ستة وتعول لعشرة وقد يجتمع فيها ستة فروض كهؤلاء وزوجة ايضا بان يكون الميت
خنثى مشكلا وادعيا الزوجية فانه يثبت لكل فرضها لا يخفى قلت ويمكن انه يجاب عن الاول
عند عدم تكرار الفرض وعن الثاني بانه نادر والنادر لا حكم له على انا قدمنا ان الاصح عدم ارثهما
فافهم وقدمنا احكامه وانه يرث اقل نصيبين عند الامام والصاحبين وعليه الفتوى وهذا
لو يرث بكل حال فلو في حال دون حال لم يدفع له شيء حتى يظهر امره او يبلغ فيصطلح مع بقية
الورثة بالاتفاق واذا بلغ لا يبقى مشكلا غالبا واذا ظهر امره بعد البلوغ يسترد من الورثة
ما اخذ من نصيبه وقد لا يكون الخنثى مشكلا في ارثه بان يكون هو الوارث وحده او مع
احد الزوجين او كان ولد ام وتمامه في المطولات واعلم انه يحتاج في تصحيح المسائل الى سبعة
اصول ثلاثة منها بين السهام والرؤس واربعة منها بين الرؤس والرؤس اما الثلاثة
التي بين السهام والرؤس فاحدها ان تكون سهام كل فريق منقسمة عليهم بلا كسر فلا
حاجة الى الضرب كابوين واربع بنات وثانيها بان تكون السهام منكسرة على طائفة
واحدة فقط ولا يكون بين سهامهم ورؤسهم موافقة وهو المراد بقوله واذا انكسر
سهام فريق من الورثة عليهم باعتبار عدد رؤسهم وباينت سهامهم من الفريضة عددهم
فاضرب عددهم وهو المنكسر عليه ويسمى جزء السهم في اصل المسئلة يبلغ التصحيح وذلك
كامرأة واخوين لغير ام اصلها من اربعة للمرأة الربع واحد يبقى للاخوين ثلاثة لا تستقيم
فاضرب الاثنين في الاربعة يكن ثمانية فمنها تصح ولو كانت عائلة فاضرب فيها وعولها
كما مر وثالثها ان تنكسر السهام على طائفة واحدة لكن بين سهامهم ورؤسهم موافقة
كما نبه عليه بقوله وان وافق سهامهم المنكسر عليهم عددهم فاضرب وفق عددهم في اصل
المسئلة يبلغ التصحيح وذلك كامرأة وستة اخوة فالباقي ثلاثة توافق الستة بالثلث
اثنين فاضربهما في الاربعة تبلغ ثمانية فمنها تصح واعلم انه اذا كان الكسر على فريق واحد كان
لكل منهم بعد التصحيح سهام كلهم قبله في المباينة ووفقها في الموافقة ولكل سهم جزء السهم
واما الاربعة التي بين الرؤس والرؤس فاما ان يتماثلا او يتداخلا او يتوافقا او يتباينا ذكر
الاول بقوله وان انكسر سهام فريقين من الورثة او اكثر والكثير اربع فرق بالاستقراء التام
وتماثلت اعداد رؤسهم كاثنين واثنين وثلاثة وثلاثة فاضرب احد الاعداد المتماثلة
في اصل تلك المسئلة وعولها يبلغ التصحيح كثلاث بنات وثلاثة اعمام فتكتفي باحد
المتماثلين فاضرب ثلاثة في اصل المسئلة تكن تسعة منها تصح والثاني ان تداخلت الاعداد
كثلاثة واثني عشر فاضرب اكثرها في اصل تلك المسئلة تبلغ التصحيح كاربع زوجات وثلاث
جدات واثني عشر عما فاضرب اكثرها وهو هنا اثني عشر في اصل المسئلة وهو اثني عشر ايضا

يبلغ التصحيح مائة واربعين والثالث ان وافق بعض الاعداد بعضا بجزء ما فاضرب وفق احدها في جميع الثاني واضرب المبلغ الحاصل من الضرب بالغا ما بلغ في وفق العدد الثالث ان وافق والا يوافق ففي جميعه واضرب المبلغ الثاني في العدد الرابع كذلك اي في وفقه ان وافق والا ففي كله ثم اضرب الحاصل ويسمى جزء السهم في اصل المسئلة يبلغ التصحيح كاربع زوجات وخمس عشرة جدة وثماني عشرة بنتا وستة اعمام فجزء السهم هنا مائة وثمانون اضربه في اصل المسئلة وهو هنا اربعة وعشرون يبلغ التصحيح وذلك اربعة الاف وثلثمائة وعشرون والرابع ان تباينت الاعداد فاضرب كل احدها في جميع الثاني ثم اضرب المبلغ في جميع العدد الثالث ثم اضرب المبلغ الثاني في جميع العدد الرابع ثم اضرب الحاصل وهو جزء السهم في اصل تلك المسئلة يبلغ التصحيح كامرأتين وعشر بنات وست جدات وسبعة اعمام فجزء السهم هنا مائتان وعشرة لتوافق رؤس البنات والجدات لسهامهم بالنصف فاضربها في اصل المسئلة وهو هنا اربعة وعشرون يحصل التصحيح وذلك خمسة الاف واربعون ومنها تستقيم واعلم كما نبهناك مرارا ان كانت المسئلة عائلة كما علمته في العول فاضرب جزء السهم وهو ما ضربته في الاصل للمسئلة بلا عول فيه مع العول كانه اصل المسئلة في جميع ذلك من الاصول السبعة السابقة كزوج وخمسة اخوات فاضرب رؤسهن في اصل المسئلة وعولها وهو سبعة فتصح من خمسة وثلثين فان قلت ينبغي ان تكون الاصول ثمانية اربعة بين السهام والرؤس واربعة بين الرؤس والرؤس قلت لما لم تعتبر المداخلة بين عدد الرؤس والسهام صارت الاصول سبعة ثم اعلم ان الموافقة لا تتاتى في كل صنف من الاصناف الاربعة التي يقع الكسر عليها لان منها الزوجات ولهن الربع او الثمن ثلاثة من اثني عشر او اربعة وعشرون فان كن ثلاثا فسهامهن منقسمة عليهن كما لو كانت واحدة وان كن ثنتين او اربعا فمباينة فثبت عدم موافقتهن فسقطت هذه من الحالات الخمس فصل في معرفة التماثل والتداخل والتوافق والتباين بين العددين لان العددين اما ان يتساويا اولا الاول التماثل والثاني اما ان يفني الاقل الاكثر اولا الاول التداخل والثاني اما ان يفنيهما عدد ثالث اولا الاول التوافق والثاني التباين واليه اشار بقوله تماثل العددين عبارة عن كون احدهما مساويا للعدد الآخر في الكمية كالثلاثة والثلاثة والاربعة والاربعة وهكذا على التساوي وتداخلهما يعرف بان يطرح العدد الاقل منهما من العدد الاكثر منهما مرتين او اكثر فيفنيه بالطرح او يقسم العدد الاكثر منهما على العدد الاقل منهما فينقسم قسمة صحيحة بلا كسر كالخمسة والاربعة مع العشرين حيث تفني وتنقسم بذلك وتوافقهما يعرف بان تنقص العدد الاقل منهما من العدد الاكثر منهما من الجانبين مرارا حتى توافقا في مقدار عدد ثالث لا يمكن التنقيص منه فان

توافقا في واحد بان بقي واحد فهما متباينان لما قرّ ان الواحد ليس بعدد وان كان توافقا في اكثر من واحد فهما متوافقان بجزء العدد المفني فان كان ما توافقا فيه اثنين فهما متوافقان بالنصف وان ثلاثة فبالثلث او اربعة فبالربع وهكذا يكون التوافق الى تمام العشرة الهاء للتنبيه والكاف للتشبيه وذا اسم اشارة للقريب فكانه قال نبهتك بان الحكم فيما جاز الاربعة الى العشرة كالحكم فيما دونها لما قرّ انه مخرج كل كسر سمي الا النصف وتسمى هذه الكسور المنطقة وهي تسعة بالاستقراء وما عداها يسمى اصم والنسبة اليه بلفظ الجزئية منه لا غير كما ذكره بقوله وان توافقا في احد عشر مثلا او سبعة عشر او تسعة عشر فبجزء من احد عشر ونحوها كاثنين وعشرين مع ثلاثة وثلاثين فتقول جزء من احد عشر جزءا مثلا وهلم جرا اي يستمر الحكم على هذا استمرارا في كل عدد اصم فينسب اليه بلفظ الجزئية ثم لما ذكر التصحيح والنسب ذكر معرفة النصيب فقال وان اردت بعد تصحيح المسئلة بين الفرق معرفة نصيب كل فريق منهم من التصحيح الذي صحت منه المسئلة فاضرب ما كان له اي لذلك الفريق من اصل تلك المسئلة المفروضة فيما ضربته في اصل تلك المسئلة قبل التصحيح وهو المسمى بجزء السهم فما خرج بالضرب فهو نصيبهم اي نصيب ذلك الفريق وكذا العمل في معرفة نصيب كل فرد من افراد اي فريق اردته فاذا اردت ان تعرف نصيب كل واحدة من المرأتين مثلا في المسئلة الاخيرة فاقسم ما كان لهما من اصل المسئلة وهو ثلاثة على عدد رؤسهما يخرج سهم ونصف اضربه في جزء السهم وهو مائتان وعشرة تبلغ ثلثمائة وخمسة عشر هو نصيب كل امرأة وهكذا البقية ولما كان الاوضح طريق النسبة فلذا قال وان شئت فانسب سهام كل فريق من الورثة من اصل تلك المسئلة الى عدد رؤسهم مفردا ثم اعط بمثل تلك النسبة من المضروب لكل فرد منهم اي من افراد ذلك الفريق ففي مسئلتنا انسب ثلاثة المرأتين الى رأسيهما يكن مثلا ونصفا فيعطى من المضروب مثله ونصفه يكن ما مر وقس الباقي وقد قيل من ملك النسبة ملك الحساب ولكن ربما كانت النسبة اعسر فيكون العمل بالضرب ايسر وثم طرق اخر ولكن ما ذكر ايسر فتدبر ثم لما بين النصيب ذكر طريق القسمة فقال وان اردت قسمة التركة بين الورثة والغرماء الواو بمعنى او يعني قسمة كل واحدة لا معا لتقدم الغرماء على قسمة المواريث كما تقرر ثم لا يخفى ان الثمرة المقصودة بالذات قسمة التركات وحينئذ فانظر بين التصحيح والتركة في ثلاثة احوال فان كان بينهما مماثلة فبها او موافقة بجزء ما فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في وفق التركة ثم اقسم المبلغ الحاصل من الضرب على وفق التصحيح لانه الوسط المعلوم

فما خرج بالقسمة فهو نصيب ذلك الوارث من جملة التركة لانه الوسط المجهول ومثاله
ظاهر لا يخفى على الماهر وان لم يكن بينهما موافقة بل مباينة فاضرب سهام كل وارث
من التصحيح في جميع التركة ثم اقسم المبلغ الحاصل من الضرب على جميع التصحيح لانه الوسط
المعلوم فما خرج بالقسمة فهو نصيبه اي نصيب ذلك الوارث كما مر وثم طرق اخر ومتى كان
بين المسئلة والتركة اشتراك بجزء ما فرد كل منهما الى وفقه احسن واخصر فتدبر وكذا
العمل لمعرفة نصيب كل فريق من التركة يعني كالعمل فيما مر لكنهم اكتفوا هنا بالنظر بين اصل
المسئلة والتركة توافقا ونحوه على ما مر من النسب الاربع فتدبر قلت واختبار صحة القسمة
في جميع ما مر ان تجمع الانصباء من الصحاح والكسور وتقابل المجموع بالتركة فان ساواها فالعمل
صحيح والا فخطأ ولم يذكروا ما لو كان في التركة كسر وله طرق احسنها ان تبسط الصحيح والكسر
من جنس الكسر فلو كان نصفا بسطت الجميع انصافا بان تضرب الجميع في مخرج الكسر وتزيد
بسطه وتعتبر الحاصل كالتصحيح وكذا لو كان الكسر ثلثا وربعا كان مخرج الكسر اثنا عشر فابسط
الجميع انصافا اسداسا وعليه فليقاس قلت وحيث لا تركة محررة تحول الى القراريط المقررة
وهو ايسر على المفتي والمستفتي ثم القيراط في عرف اهل الحجاز واليمن والشام ومصر والمغرب
جزء من اربعة وعشرين وفي عرف اهل العراق ونواحيها جزء من عشرين جزءا وفي عرف
آخرين جزء من ستة عشر وعلى كل فالقيراط الواحد ثلاث حبات او ستة دوانق او اثنا
عشر ارزة فالحبة وهي الشعيرة المتوسطة التي لم تقشر وقطع من طرفيها ما دق وطال
نسبتها الى القيراط ثلث فهو جزء من اثنين وسبعين عندنا وعند العراقيين جزء من ستين
كالدقيقة بالنسبة الى الدرجة الفلكية عند المنجمين وعند الآخرين جزء من ثمانية واربعين
وقس البقية قلت وقدمنا في الزكاة ان المثقال وهو الدينار عشرون قيراطا والقيراط
خمس شعيرات كما ذكرنا والدرهم الشرعي سبعون شعيرة والمثقال درهم وثلاثة اسباع
درهم لانه مائة شعيرة والشعيرة ستة خرادل والخردلة اثنا عشر فلسا والفلس ست نقرات
النقرة ثمان قطميرات والقطمير اثنا عشر ذرة والذرة هو الذي يرى في شعاع الشمس ذكره
ابو الليث في تفسيره وثم عبارات اخر لا تخلو عن تناقض فتدبر قلت ولهم في تحويلها
الى القيراط طرق احسنها ان تقسم سهام المسئلة على محصلة مخرج القيراط وهو اربعة
وعشرون ابدا وتعتبر النسب السابقة وتحله اضلاعا ان امكن ثم تضع الاضلاع في الجدول
على ما قدمنا ذلك في المناسخة مقدما للقسمة اكبرها ويجوز خلافه وتقسم كل نصيب

نصيب على اخر الاضلاع وهو الذي على يسارك ثم وثم وحيث صحت القسمة على ضلع منها
فضعه تحته او فوقه ومهما انكسر فضعه تحته او فوقه وانطق في الجواب بالقيراط الصحيح
اولا ثم بالكسور مضافة الى الصحيح ثم قد يكون ضلع عددا اصم فتقسم على جملته وتنسب
اليه بلفظ الجزئية كما مر وقد تصح المسئلة من عدد دون القيراط فقسمتها بنسبتها
لمخرج القيراط فتجدها كسرا منه ابدا فاضرب ما لكل وارث في مخرج ذلك الكسر واقسم الحاصل
على بسطه يخرج ما له من القراريط والامتحان في جميع ذلك بصحة الجمع واما في القسمة
لما بقي من التركة بعد التجهيز والتكفين بين الغرماء ارباب الديون حيث ضاقت
بقية التركة عن جميع الديون وتسمى المقسمة حينئذ بالمحاصات واما اذا كانت تفي
بجميع الديون او تزيد فلا حاجة الى القسمة بل يأخذ كل حقه تماما وكذا لو نقصت ولم يحد رب
الحق اخذ البقية كلها وما بقي ففي ذمة الميت ان شاء عفا عنه وان شاء تركه الى الآخرة واما اذا تعدد
رتبه وارادت قسمته عليهم فحينئذ اجعل مجموع الديون في الاعتبار كالتصحيح في مسئلة الورثة
واجعل كل دين لشخص على الميت كسهام وارث من الورثة ثم اعمل لاجل معرفة نصيب
كل من الغرماء العمل المذكور في معرفة نصيب كل من الورثة وتعمل كما مر ثم شرع في مسئلة التخارج
اي اخراج بعض الورثة بشيء معين له من التركة كما ذكره بقوله ومن صالح عن نصيبه من الورثة
او من الغرماء على اخذ شيء معين منها اي من التركة سواء كان المأخوذ دينا او عينا كما سنشير
اليه وخرج بسبب ذلك من بينهم فصح ولا المسئلة على تقدير وجوده وحينئذ فاطرح نصيبه
اي المصالح من التصحيح ان كان المصالح وارثا او اطرحه من الديون ان كان المصالح من ارباب
الديون واقسم الباقي من التصحيح والديون على قدر سهام من بقي من التصحيح او على قدر
ديونهم اي ديون من بقي منهم لخروج المصالح منهم كما لا يخفى وقدمنا صحة هذا الصلح
بصلح عثمان رضي الله عنه لامرأة عبد الرحمن رضي الله عنهما عن ربع ثمنها على ثلاثة وثمانين الف
دينار بحضرة الصحابة رضي الله عنهم فكان اجماعا مثاله زوج وام وعم فالمسئلة من
ستة للزوج النصف ثلاثة وللام الثلث اثنان وللعم الباقي وهو واحد فلو صالح الزوج
على ما في ذمته من المهر وخرج من بين الورثة فاطرح سهامه من التصحيح وهي ثلاثة ثم
اقسم باقي التركة وهو ما عدا المهر على سهامي الام والعم كما هي اثلاثا بقدر سهامهما
من التصحيح قبل التخارج وهي سهمان للام وسهم للعم ويجعل الزوج في حقهما كأنه
باق ولا يجوز ان يجعل الزوج كأن لم يكن لئلا ينقلب فرض الام من ثلث اصل المال

الى ثلث الباقي لانه حينئذ يكون للام سهم وللعم سهمان وهو خلاف الاجماع قال السيد وغيره قلت وهذا هو الصواب وقد غلط فيه بعض اولى الالباب كصاحب الاختيار وغيره من الاخيار كصاحب مجمع البحرين فجعلا الباقي للام سهما وللعم سهمين وهو خطأ بغير مبين لمخالفته لاجماع العلماء الاعلام فاجتنبه فانه مزلة الاقدام كما زل فيه قدم هذا الامام ومن قلده من علماء الانام وكذا لو صالحت الام عن نصيبها على شيء قسمت الباقي ارباعا كان الام باقية او صالح العم قسمت الباقي على خمسة وقس عليه تصب بتوفيق الله قلت بقي لو باع بعض الورثة نصيبه في التركة او وهبه من باقيهم على عدد رؤسهم بالسوية او بحسب سهامهم ففي الاول اقسم نصيب البايع من المسئلة بينهم كما تقسم على صنف سهامه فان انقسم فيها والا بين او وافق فاضربه او وفقه في المسئلة والمضروب هو جزء السهم ولو كانت التركة نقدا واخذ بعض الورثة بميراثه قدرا معلوما منه او كانت نقدا وعرضا فاخذ بعضهم بميراثه العرض والباقون النقد واردت معرفة قيمة العرض ونحوه مثلا او قيل لك اخذ بعض الورثة من التركة بارثه كذا من التركة كم كانت التركة وغير ذلك من المسائل الخفيات والملقبات والعويصات فقد تكفل بذلك كله كتابنا في هذا الفن المتعلق باستخراج المجهولات المسمى بكتاب الغوص العويص في حل مسائل العويص نسئل الله تع بفضله وكرمه ان يحل لنا المشكلات ويسهل علينا العويصات وان يختم لنا ولاحبتنا بالصالحات وان يجمعنا بنبينا سيد السادات في اعلى الدرجات وان لا يشمت بنا الاعداء واهل الجهالات انه ولي الحسنات وغافر الزلات ومجيب الدعوات قلت ومن الطفها المسئلة المأمونية وسميت بذلك لوقوعها في خلافة المأمون وهو العباس او ابو جعفر عبد الله ابن الرشيد فانه كان كلما اراد ان يولي القضاء لاحد يساله عنها فلم يجبه عنها احد حتى وصف له يحيى بن اكثم فاستحضره الخليفة ليقلده قضاء البصرة فلما دخل عليه وكان ذميم الخلقة فاستحقره فاحس يحيى ابن اكثم بذلك فقال يا امير المؤمنين سلني فان المقصود علمي لا جسمي وصوتي لا صورتي وكان من عادة الخلفاء ان يمتحنوا القضاة والعمال والامراء بالفرائض فقال ما تقول في ابوين وابنتين لم تقسم التركة حتى ماتت احدى البنتين وخلفت من في المسئلة او زوجا ومن في المسئلة فقال يا امير المؤمنين هل الميت الاول رجل وامرأة فاعجب المأمون فطنته

فطنته وقال اذا عرفت الفرق عرفت الجواب فكتب له عهده وولاه على البصرة فانه ان كان الميت الاول امرأة يكون الجد فاسدا فلا يرث قيل فاستحقره مشايخ البصرة واستصغره فامتحنوه فقالوا كم سن القاضي فقال سن عتاب ابن اسيد حين ولاه النبي صلى الله عليه وسلم فسكتوا تم الكتاب بعون الله تعالى وحسن توفيقه

كذا في الدر المنتقى شرح الملتقى لصاحب الدر المختار شرح تنوير الابصار

T.C
İZMİR
HİSAR KÜTÜBHANESİ
SAYI
1825

Süleymaniye U. Kütüphanesi
İzmir
180/1-2